Die Einrede aus dem Recht zum Besitz

gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache

(§ 986 I BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Margarethe Scherk

aus Berlin.

Jena

Gustav Fischer

1917.

Die Einrede aus dem Recht zum Besitz

gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache

(§ 986 I BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Margarethe Scherk

aus Berlin.

Jena

Gustav Fischer

1917.

Gutachter: Prof. Dr. M. Wolff.

Abdruck aus
Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. LXVII 2. F. XXXI.

Meinen Eltern.

Plan der Arbeit.

a) Die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den Besitzberechtigten.

§ 14. b) Die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den persönlich Rückgabepflichtigen.

§ 15. 3. Unstimmigkeit und Unbilligkeit der Ergebnisse Sibers:

a) Das Zurückbehaltungsrecht (kein Recht zum Besitz im Sinne der §§ 986 ff.).

b) Die Besitzrechtseinrede einzelner dinglich Besitzberechtigter.

§ 16. c) Kein Besitzrechtserwerb kraft guten Glaubens nach § 893.

d) Die Besitzrechtseinrede einiger dem Eigentümer gegenüber mittelbar Besitzberechtigter.

§ 17. e) Die Besitzrechtseinrede der erst nachträglich dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigten.

f) Die Besitzrechtseinrede der anfänglich dem Eigentümer gegenüber nur mittelbar Besitzberechtigten (bei nachträglichem Eigentumserwerb durch den dinglich berechtigten Besitzrechtsmittler).

VII. Ablehnung der Auffassung Sibers.
Eigene Auffassung.

§ 18. Anhang (§ 986 II).

1. Verträglichkeit der vertretenen Auffassung mit § 931.

a) Die Uebereignung nach § 931 bei Besitz eines (dem Eigentümer gegenüber) nicht mehr berechtigten Besitzmittlers.

b) Die Uebereignung nach § 931 bei Besitz eines (dem Eigentümer gegenüber) zum Besitz berechtigten Besitzmittlers.

§ 19. c) Die Uebereignung nach § 931 bei Besitz eines (dem Eigentümer gegenüber) nichtberechtigten Nicht-Besitzmittlers.

d) Die Uebereignung nach § 931 bei Besitz eines (dem Eigentümer gegenüber) zum Besitz berechtigten Nicht-Besitzmittlers.

§ 20. 2. Verträglichkeit der vertretenen Auffassung mit § 934.

Literatur-Verzeichnis.

Von den Lehrbüchern, Handbüchern und Kommentaren wurden insbesondere benutzt:

Kipp zu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Enneccerus (Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1), Allgemeiner Teil, Marburg 1911.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Leipzig 1910.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Leipzig 1905.

M. Wolff (Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II 1), Das Sachenrecht, 2. Bearbeitung, Marburg 1913.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., II 1, Berlin 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II, 6. Aufl., Jena 1913.

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch, drittes Buch: Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Brodmann (Plancks Kommentar zum BGB., 4. Aufl., III, 1. Lieferung), BGB., drittes Buch: Sachenrecht, Berlin 1915.

Sonder-Literatur.

Crome, Juristische Natur der Miete nach dem BGB. (JheringsJ. 37 (1897), 1 ff.) 60 ff.

Fischer, Otto, Recht und Rechtsschutz, Berlin 1889 (Bekker und Fischer, Beiträge 6. Heft).

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1898 (Fischers Abhandlungen 5. Heft).

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB., Jena 1897, S. 41 ff.

Heinsheimer, Kritische Vierteljahrsschrift 50, 563 ff.

Hirsch, H. Chr., Die Uebertragung der Rechtsausübung I, Berlin 1910.

Hölder, Ueber Anspruch und Einreden. ArchCivPrax. 93 (1902), 1 ff.

Josef, Eugen, Erörterungen zur Rechtsstellung des Beklagten bei der Eigentumsklage. Rheinische Zeitschr. f. Zivil- u. Prozeßrecht 7, 364 ff.

Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht (Festgabe für Koch), Berlin 1903, S. 110 ff.

— Ueber den Begriff der Widerrechtlichkeit (Festgabe für Gierke), Berlin 1910, I S. 1 ff.

— Ueber Doppelwirkungen im Recht (Festschrift für Martitz), Berlin 1911, S. 211 ff.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Vertrag und Uebergabe. ArchBürgR. 18 (1900), S. 1 ff., 86 ff.

Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht. ArchCivPrax. 103, 139 ff.

Last, Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio. GrünhutsZ. 36 (1909), 433 ff.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. 1, Leipzig 1912, S. 256 ff., 291 ff.

Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht (Dekanatsprogramm), Leipzig 1905, S. 20 ff.

Oertmann, Einrede und Verzug. Zeitschr. f. HandelsR. 78 (1915), 1 ff.

— Dinglicher und persönlicher Herausgabeanspruch. JheringsJ. 61 (1912), 44 ff.

Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung, Berlin 1906, S. 65 ff.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.

Schmidt, Rudolf, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915, S. 164 ff.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903, S. 114 ff.

— Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907, S. 227 ff.

Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten (Festgabe für Dernburg), Halle 1900, S. 89 ff.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

— Die rechtsverfolgende Einrede. JheringsJ. 28, 37 ff.

Wolff, M., Das Recht zum Besitz (Festgabe für Koch), Berlin 1903, S. 150 ff.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. ArchCivPrax. 99, 1 ff.

Dissertationen.

Stein, Der § 931 des BGB. in seinem Verhältnis zur Vindikationszession usw., Greifswald 1901.

Neuburger, Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung (BGB. § 931), Tübingen 1901.

Ruppel, Die Uebertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten nach dem BGB., Leipzig 1904.

§ 1.

I. § 985 BGB. bestimmt: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen." Der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers ist dem Wortlaut des Gesetzes nach gegeben für alle Fälle, in denen ein Dritter im Besitz der Sache ist, gleichviel ob der Dritte besitzberechtigt ist oder nicht. Dies geht insbesondere hervor aus der Bestimmung des § 986 I 1: „der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er (oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet) dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist." Das Gesetz gibt seinem Wortlaut nach dem Besitzberechtigten eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers, setzt diesen also in seinem Bestande voraus.

Die Gestaltung des Rechts zum Besitz als einer Einrede gegen die Vindikation hat eine Unbilligkeit in der Rechtsanwendung und Unstimmigkeiten innerhalb des Gesetzes zur Folge.

1. Einrede im Sinne des BGB. ist das Recht, der Geltendmachung eines Rechts zu widersprechen[1]); einem Anspruch gegenüber also das Recht, die geschuldete Leistung

---

1) Enneccerus § 207 unter I 1 (S. 560 f.) mit M. Wolff § 139 Anm. 14 (S. 491).

zu verweigern[1]). Dieses Recht wird ausgeübt durch Weigerungserklärung[2]) und wird im Prozeß nur berücksichtigt, wenn der Berechtigte es vor Gericht geltend gemacht hat[3]).

Ein Eigentümer, der auf Herausgabe seiner Sache klagt, würde also gegen den ausbleibenden besitzberechtigten Beklagten auch dann eine Verurteilung zur Herausgabe erzielen, wenn er selbst vortrüge, daß der Beklagte zum Besitz der Sache berechtigt sei. Dieses Ergebnis ist, wie allgemein anerkannt wird[4]), offenbar unbillig. Freilich mag es Fälle geben[5]), in denen es dem Gericht zweifelhaft sein kann, ob der Besitzberechtigte, wenn er erschienen wäre, sich auf sein Recht zum Besitz berufen haben würde. Hat z. B. der Besitzer einen Nießbrauch vom Bucheigentümer kraft guten Glaubens erworben und war das der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegende Geschäft unentgeltlich, so kann das Ausbleiben des Besitzberechtigten im Vindikationsprozeß auf der Absicht beruhen, dieses Recht dem wahren Eigentümer gegenüber nicht geltend zu machen. In solchen Fällen aber, in denen der Besitzberechtigte gar nicht gewillt ist, sich auf sein Recht zum Besitz zu berufen, ist der Eigentümer nicht auf den Rechtsweg angewiesen und wird keinen Anlaß haben, ihn

1) v. Tuhr § 17 (S. 288); Kipp I § 47 (S. 210 f.); Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 2 (S. 8).

2) v. Tuhr S. 294 f.; Planck-Siber zu § 284 unter 3a; Oertmann, Einrede und Verzug 23. Anders: Kipp II § 278 unter 1; Zitelmann, Allgemeiner Teil 30 f.

3) v. Tuhr § 17 III 1 (S. 292); Enneccerus § 207 III 2 (S. 563); Kipp I § 47, 4 a. E. (S. 213); Zitelmann S. 31.

4) Hölder, ArchCivPrax. 93, 79 f.; M. Wolff, Recht zum Besitz 151 Anm. 1 a. E.; Rappaport S. 34; Siber, Passivlegitimation 239; Planck-Brodmann, vor §§ 985 ff. unter 2 (S. 273).

5) Auf solche Fälle weist auch Siber, Passivlegitimation 246, hin.

zu beschreiten. Verweigert aber der herausgabewillige Beklagte die Herausgabe dem Kläger, weil er von dessen Eigentum nicht überzeugt ist, so führt den Kläger ein Feststellungsurteil zum Ziel. Derartige Fälle sind jedoch überhaupt nur als seltene Ausnahmen bei besonderer Sachlage denkbar und dürfen darum für die allgemeine Regelung des Gesetzes nicht maßgeblich sein. Für die Regelfälle aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Vindikationsbeklagte sich auf sein Recht zum Besitz berufen wollen wird [1]).

2. Die Unstimmigkeiten, die sich durch die Einrede des § 986 I 1 innerhalb des Gesetzes ergeben, sind folgende drei:

a) Der Anspruch des Eigentümers, dessen Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird, ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. § 1004 II. Hier erscheint also die Störung des Eigentümers durch einen Störungsberechtigten gar nicht als eine den dinglichen Anspruch begründende Eigentumsbeeinträchtigung, und es bedarf keiner besonderen Berufung des Beklagten auf sein den Anspruch ausschließendes Recht. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Verschiedenheit in der Behandlung des Rechts zum Besitz gegenüber der Vindikation und des Störungsrechts gegenüber der negatorischen Klage gibt es jedoch nach allgemeiner Ueberzeugung nicht [2]). Dabei sei betont, daß hier

---

1) Windscheid-Kipp I⁸ § 47 Anm. 1 (S. 178).

2) Kipp I⁸ zu § 47 (S. 183); M. Wolff, Recht zum Besitz 151 Anm. 1; § 87 I 4 (S. 288), der allerdings — wie früher Planck III³ zu § 1004 unter 5b (S. 332) — Uebereinstimmung zwischen negatoria und Vindikation durch Umdeutung des § 1004 II in eine Einrede herzustellen versucht; ihm folgen Hirsch S. 38 Anm. 2 und (Staudinger-)Kober zu § 1004 unter 7aβ (S. 503). Rappaport S. 202; Planck-Brodmann zu § 1004 unter 5d (S. 524); v. Tuhr S. 291.

gerade wie gegenüber der Vindikation Sachlagen denkbar sind, bei denen es nicht unangemessen wäre, wenn das Störungsrecht des Beklagten im Versäumnisverfahren unberücksichtigt gelassen würde; hatte z. B. ein eingetragener Nichteigentümer dem Beklagten schenkweise eine Dienstbarkeit eingeräumt, so will der Beklagte durch sein Nichterscheinen vor Gericht vielleicht erkennen lassen, daß er sein so erworbenes Recht dem Eigentümer gegenüber nicht ausüben mag. Doch wird der Eigentümer hier so wenig mit der negatorischen Klage wie im entsprechenden Fall mit der Vindikation gegenüber den Berechtigten vorzugehen brauchen, und auch hier werden derartige Fälle nur seltene Ausnahmen sein. Dem entspricht die allgemeine Regelung des Gesetzes, wenn es den Anspruch aus § 1004 dem Störungsberechtigten gegenüber für ausgeschlossen erklärt.

b) Eine zweite Unstimmigkeit ergibt sich in dem Fall, in dem der besitzberechtigte Vindikationsbeklagte Besitzmittler eines Dritten ist, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, zur Ueberlassung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer aber nicht befugt ist. In diesem Falle kann nach § 986 I 2 der Eigentümer vom Besitzmittler grundsätzlich nicht Herausgabe an sich selbst verlangen (so z. B. der Eigentümer-Vermieter vom Untermieter, wenn der Mieter unbefugterweise vermietet hat), sondern er muß auf Herausgabe an den mittelbaren Besitzer (im Beispiel: den Untervermieter) klagen. Hier wird also dem Eigentümer der Anspruch auf Herausgabe an sich selbst vom Gesetz versagt [1].

---

1) M. Wolff, Recht zum Besitz 169 Anm. 1. Anders Planck-Brodmann zu § 986 unter 1 b β (S. 485), der hier von einer Replik des Eigentümers spricht; doch wird das Besitzrecht des Dritten auch dann berücksichtigt, wenn der Beklagte nicht erscheint, der Kläger also zum Vorbringen einer Replik gar keine Gelegenheit hat.

den er nach der herrschenden Auffassung des § 986 I 1 gegen jeden, auch den besitzberechtigten Besitzer hat. Im Versäumnisverfahren würde also der Eigentümer, der z. B. gegen den Untermieter seines zur Untervermietung berechtigten Mieters auf Herausgabe an sich selbst klagt, mit seiner Klage durchdringen, auch wenn er das Besitzrecht des Mieters erwähnt; trägt er dagegen vor (— und das wird er im Glauben, es spreche zu seinen Gunsten, leicht tun —), daß sein Mieter zur Untervermietung nicht berechtigt gewesen sei, so würde er nur eine Verurteilung des Untermieters auf Herausgabe an den Untervermieter erzielen! Sieht man in der Veränderung des Herausgabeanspruchs nach § 986 I 2 die Berücksichtigung des Besitzrechts eines Dritten, so ergibt sich, daß dieses Recht vom Gesetz (und daher im Prozeß von Amts wegen) gerade dann und nur dann berücksichtigt wird, wenn der Berechtigte sich einer unerlaubten Besitzüberlassung schuldig gemacht hat. Sonst aber, insbesondere wenn er zur Besitzüberlassung berechtigt war, nach der herrschenden Auffassung von § 986 I 1 ebensowenig, wie das Besitzrecht des dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigten, in Ausübung dieses Besitzrechts besitzenden Beklagten!

c) Der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers einer abhanden gekommenen Sache ist nach dem Gesetzeswortlaut dem Eigentümer gegenüber ausgeschlossen, § 1007 II; denn die Wendung: „es sei denn, daß“ wird vom Gesetz in diesem Sinne gebraucht[1]). Daraus ergibt sich folgende Unstimmigkeit: gegenüber allen anderen Besitzberechtigten außer dem Eigentümer ist der Anspruch begründet, und es bedarf nach § 1007 III in Verbindung mit § 986 I 1 der

1) Enneccerus § 51 I 1, 3a (S. 115)

Einrede, um ihn zurückzuweisen; da aber das Eigentum des Beklagten gegenüber der Klage aus § 1007 II nur als Grund eines Rechts zum Besitz von Bedeutung ist, so ist diese Verschiedenheit in der Behandlung des Eigentümers und der anderen Besitzberechtigten nicht gerechtfertigt [1]; man hat sie daher zu beseitigen gesucht, bisher allerdings stets dadurch, daß man in § 1007 II eine Einrede des Eigentümers annimmt [2].

§ 2.

II. Die Einrede des Rechts zum Besitz, wie sie § 986 I 1 seinem Wortlaut nach gibt, ist bereits verschiedentlich bekämpft worden; einerseits durch den Versuch von Kipp [3], zu einem weiteren Einredebegriff des Gesetzes vorzudringen und nur dann eine solche Einrede, die der Geltendmachung durch Weigerungserklärung bedarf, anzunehmen, „wenn es nicht selbstverständlich ist, daß jedermann von der fraglichen Einrede Gebrauch zu machen wünscht". Doch hat Kipp diesen Vorschlag, trotz der Zustimmung [4], die er gefunden hatte, selbst wieder aufgegeben und sagt nun mit der herrschenden Lehre, daß das, was Einrede im Sinne des BGB. ist, auch der besonderen Anrufung bedarf [5].

---

1) M. Wolff § 23 II 2 (S. 61) und jetzt Planck-Brodmann zu § 1007 unter 3 b β αα (S. 532 f.).

2) Gierke, Fahrnisbesitz 61 und II § 116 Anm. 73 und die herrschende Lehre.

3) I [8] zu § 47 (S. 183).

4) M. Wolff, Recht zum Besitz 151 Anm. 1; im Ergebnis auch Hölder S. 79 f. und Rappaport S. 34 f.

5) I [9] zu § 47 unter 4 (S. 213); auch M. Wolff läßt nun (§ 84 Anm. 15 S. 267) den Fall des § 986 I 1 als „echte Einrede" gelten.

Andererseits ist die Einrede des § 986 I 1 dadurch bekämpft worden, daß der Begriff des Leistungsverweigerungsrechts überhaupt für materiell-rechtlich bedeutungslos erklärt wurde[1]). Es handele sich niemals um ein der Wirksamkeit eines anderen Rechts entgegenstehendes Recht, sondern um eine dieses andere Recht in seiner Entstehung hindernde oder in seinem Bestande mindernde Tatsache. Die Berufung des Beklagten auf die Einrede sei nichts anderes als die Anführung einer anspruchsverneinenden Tatsache, und das Erfordernis der Vorschützung sei eine prozeßrechtliche Besonderheit. Diese Ansicht beruht auf der von vielen[2]) vertretenen Annahme, daß schon der Bestand der Einrede das Recht, dem sie entgegensteht, hemme. Dem gegenüber wird man aber an dem Erfordernis der Geltendmachung der Einrede festhalten müssen, so daß auch die materiell-rechtlichen Wirkungen der Einrede (wie Ausschluß des Verzuges, kein Verfall der Vertragsstrafe) erst durch die Weigerungserklärung hervorgerufen werden[3]). Jedenfalls aber hat das Gesetz den Begriff des Leistungsverweigerungsrechts aufgenommen und ihn in einer Anzahl von Bestimmungen zur Durchführung gebracht[4]); im Sinne des BGB. ist daher Einrede und Anspruchsverneinung ein Gegensatz. Wenn Rappaport[5]) für die Einrede des § 986 I 1 den Be-

---

1) Hölder, ArchCivPrax. 93, 74 ff.; Rappaport S. 18 ff.; de lege ferenda schon O. Fischer, Recht und Rechtsschutz 101 ff., und früher Thon, Rechtsnorm 261 ff., 276 ff. und IheringsJ. 28, 55 ff.

2) Z. B. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht 133; Zitelmann, Allg. Teil 30 f.

3) v. Tuhr S. 294 f.; Planck-Siber zu § 284 unter 3 a (S. 361 f.); Oertmann, Einrede und Verzug 23.

4) § 886, § 1169, § 1254.

5) S. 35.

griff der „rechtsverteidigenden Einrede“ bildet, die eine Unterart der „anspruchsverneinenden Einrede“ Thons[1]) ist, so hat er damit nach der Ausdrucksweise des BGB. die Subsumtion von § 986 I 1 unter den Einredebegriff abgelehnt. Auch Brodmann[2]), der sich Rappaport anschließt, wird trotz der ausdrücklichen Bemerkung: es sei nicht ungerechtfertigt, hier an dem Begriff „Einrede“ festzuhalten, zu denen zu zählen zu sein, die im § 986 I 1 keine Einrede sehen; denn da er den Begriff des Gegenrechts, des Leistungsverweigerungsrechts anerkennt, so würde er demgemäß Ausübung dieses Rechts verlangen, im Versäumnisverfahren also Verurteilung des besitzberechtigten Beklagten ergehen lassen müssen; diese Folgerung lehnt er jedoch ausdrücklich ab[3]). Gleichgültig aber, ob man die Einrede des § 986 I 1 ablehnt, weil man einen materiellrechtlichen Einredebegriff überhaupt nicht anerkennt, oder ob man den Einredebegriff des BGB. aufrecht erhält und nur die Subsumtion des § 986 I 1 unter diesen Begriff ablehnt[4]) — in beiden Fällen bleibt die gemeinsame, für

1) Rechtsnorm 261 ff.

2) vor §§ 985 ff. unter 2 (S. 472 f.).

3) Ueber den Grund dieser Ablehnung und seine Widerlegung s. u. S. 30 f.

4) Friedenthal, Einwendung und Einrede 42 f.; Rehbein I zu § 202 unter III 2 (S. 308). Wohin die Bemerkung Cromes zu stellen ist, erscheint zweifelhaft (System I § 36 S. 189); er lehnt die Einrede des § 986 I 1 ab, weil „ein Anspruch, den man bloß zur Verteidigung gegen andere Ansprüche geltend macht, damit den Charakter einer Einrede“ noch nicht annehme. „Nicht auf die zufällige Art der Vorschützung, sondern auf die typische Art des Rechts (auf die Möglichkeit seiner Geltendmachung)“ komme es an. Da er jedoch an dem Einredebegriff des Gesetzes festhält (S. 182 f.), so hätte er aus den Worten: „kann verweigern“ im § 986 I 1 folgern müssen, daß das Recht zum Besitz vom Gesetz eben unter den Typus derjenigen Rechte gestellt

den Zusammenhang dieser Arbeit wesentliche Behauptung bestehen: daß das Recht zum Besitz Anspruchsverneinung gegenüber der Vindikation sei[1]).

§ 3.

III. Die Auffassung der herrschenden Lehre, die unter Anerkennung des Einredebegriffs des BGB. im § 986 I 1 seinem Wortlaut gemäß eine Einrede sieht, soll im folgenden des näheren untersucht werden.

1. Hätte wirklich der Eigentümer einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen jeden Besitzer, bestände in der Tat das Besitzrecht des Eigentümers auch dem Besitzberechtigten gegenüber unbeschränkt fort, so würde der Eigentümer dem Besitzer gegenüber notwendig widerrechtlich handeln, wenn er sein ihm gegenüber bestehendes Recht ausübte. Auf der anderen Seite würde der Besitzberechtigte, indem er sein Recht zum Besitz ausübt, das Eigentum notwendig verletzen und zwar ohne Widerrechtlichkeit. Die Annahme, daß einerseits eine Handlung — im Bereich derselben Rechtsordnung und in bezug auf dieselbe Person — Rechtsausübung und widerrechtlich sein könne, daß es andererseits die nicht-rechtswidrige Verletzung eines subjektiven Rechts gebe, führt zu einer tiefgehenden Spaltung von subjektivem und objektivem Recht. Für jeden aber, der von der grundsätzlichen inhaltlichen Uebereinstimmung subjektiven und objektiven Rechts überzeugt ist, sei es, daß er mit Gierke[2]) subjektives und objektives Recht als zwei

---

ist, deren Geltendmachung durch Leistungsverweigerung möglich ist, und wäre dann zu einem weiteren Begriff der „unselbständigen Einreden" (v. Tuhr § 17 V S. 299 Anm. 40) gelangt.

1) Ueber Siber wird unten zusammenhängend berichtet.

2) Deutsches Privatrecht 1, 251 ff.

Erscheinungsformen derselben Einheit ansieht, sei es, daß er wie Kipp[1]) „das subjektive Recht als ausschließlich in Kraft des objektiven Rechts bestehend" denkt, ist damit, daß eine Konstruktion zu derartigen Begriffen führt, der Beweis erbracht, daß dieser Konstruktion ein Fehler zugrunde liegen muß[2]).

2. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache an ihn selbst hat zur Voraussetzung, daß der Eigentümer dem Besitzer gegenüber zu dem Besitz berechtigt ist, den der Besitzer innehat; einem Besitzberechtigten gegenüber also, daß der Eigentümer das Recht zu demselben Besitz hat wie der Besitzer. Zwei auf denselben ausschließlichen und gegenwärtigen Besitz einer Sache gerichtete Rechte sind aber in ihrer Verwirklichung miteinander unverträglich: sie kollidieren. Es ergibt sich also: wenn das Eigentum einen Herausgabeanspruch gegen jeden Besitzer hervorbringen soll, so muß jedes Recht zum Besitz einer fremden Sache in notwendiger ständiger Kollision mit dem Recht zum Besitz des Eigentümers stehen. Ob diese Vorstellung der Rechtslage wirklich entspricht, wird unten im einzelnen erörtert. Hier sei vorerst darauf hingewiesen, wie wenig diese Vorstellung im Einklang steht mit dem Leben und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein. Es handelt sich bei dieser Kollision von Rechten um Rechtslagen, die alltäglich und allenthalben verwirklicht sind und zwar zu allermeist nicht als Ausdruck kollidierender Interessen, sondern vielmehr als Ausdruck einer gegenseitigen Befriedigung von Interessen; von einer Unverträglichkeit ihrer Rechte würden aber beispielsweise der Hauseigentümer und seine Mieter wohl kaum zu überzeugen

1) Ueber den Begriff der Rechtsverletzung 1 ff.
2) Vgl. Kipp, a. a. O. 10 f.

sein; dem Eigentümer ist es selbstverständlich, daß er kein Recht hat, selbst in den vermieteten Räumen zu hausen, und der Mieter ist gewiß, daß nur ihm das Recht zusteht, die gemietete Wohnung zu bewohnen; und weder Eigentümer noch Mieter würden glauben wollen, daß während des bestehenden Mietsverhältnisses der Eigentümer als solcher gegen den Mieter als Besitzer einen stets fälligen Anspruch auf Räumung der Wohnung habe.

§ 4.

IV. Die Rechtslage zwischen dem Eigentümer und dem besitzberechtigten Nichteigentümer soll deshalb des näheren untersucht werden, und es soll der Versuch gemacht werden, sie so zu begreifen, wie es dem grundsätzlichen Verhältnis von subjektivem und objektivem Recht einerseits, dem Leben und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein andererseits entspricht; damit werden dann zugleich die Unbilligkeit in der Rechtsanwendung (s. o. I, 1) und die Unstimmigkeiten innerhalb des Gesetzes (s. o. I, 2) überwunden sein.

1. Diese Untersuchung soll zunächst für die Gruppen von Fällen vorgenommen werden, in denen der besitzberechtigte Dritte Besitzmittler des Eigentümers ist; alsdann für die, in denen er dies nicht ist.

Für die große und weitaus wichtigste Gruppe von Fällen, in denen der Besitzberechtigte sein Recht zum Besitz vom Eigentümer oder einem dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigten Besitzmittler erworben hat, gibt das Gesetz dem Eigentümer die Stellung des mittelbaren Besitzers: der Eigentümer besitzt seine Sache dadurch, daß der Besitzberechtigte im Besitz der Sache ist, § 868, § 871. In allen diesen Fällen aber entspricht die Vorstellung einer Kollision der Besitzrechte des Eigentümers und des Besitzers nicht

der Gestaltung, die das Gesetz dem Besitzrechtsverhältnis durch die Besitzmittlerschaft gegeben hat. Die Ausübung mehrerer Rechte zum Besitz derselben Sache ist ohne Beeinträchtigung des einen Rechts durch das andere dann möglich, wenn nur das Recht des einen auf unmittelbaren Besitz, das der anderen auf mittelbaren Besitz gerichtet ist. Die Verträglichkeit der Besitzrechte von Eigentümer und Besitzmittler setzt also voraus, daß das Besitzrecht des Eigentümers seinem Besitzmittler gegenüber gegenwärtig grundsätzlich[1]) nicht auf den unmittelbaren Besitz[2]), sondern auf den ihm durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz gerichtet ist. Ob eine derartige Beschränkung des Eigentümer-Besitzrechts angenommen werden darf, soll zuerst für die Gruppe von Fällen untersucht werden, in denen der Besitzmittler ein dinglich Berechtigter ist, sodann für die, in denen sein Besitzrecht nicht dinglicher Art ist.

a) Wer mit Gierke[3]) in jedem beschränkten Sachenrecht einen verselbständigten Teilinhalt des Eigentums sieht[4]), kommt mit Notwendigkeit zu der Annahme, daß das Eigentum bei Bestehen eines fremden Rechts zum Besitz der Sache nicht selbst das unbeschränkte Recht zum Besitz der Sache enthalten kann. Diese Auffassung wird allerdings bekämpft.

---

1) Mit Ausnahme des Falles nämlich, daß der Besitzmittler, der den Besitz verloren hat, ihn nicht wieder übernehmen will oder kann. § 986 I 2. (Darüber unten S. 28.)

2) Genauer: auf denselben Besitz, zu dem der Besitzmittler berechtigt ist; doch wird im folgenden der Einfachheit halber ein einstufiges Besitzmittlungsverhältnis vorausgesetzt.

3) Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 120 IV, 7 (S. 359); VI, 7 (S. 365 ff.).

4) M. Wolff § 51 II (S. 148); Endemann, Sachenrecht § 9 (S. 38); Krückmann S. 139 ff.

Wenn dagegen geltend gemacht wird, daß es Rechte an fremder Sache gibt, die nicht als Rechte an eigener Sache denkbar seien (das dingliche Vorkaufsrecht, die Verbotsdienstbarkeiten) [1], so kann doch für den Zusammenhang dieser Arbeit dahingestellt bleiben, ob jedes beschränkte Sachenrecht als Eigentumsteilinhalt angesehen werden kann; denn das Recht zum Besitz ist jedenfalls im Eigentum enthalten. Es soll darum hier nur untersucht werden, ob die Rechte an fremder Sache, insoweit sie dem Eigentum inhaltsgleich sind, als verselbständigte Eigentumsbefugnisse aufzufassen sind.

α) Hiergegen wird vor allem geltend gemacht, daß nach Erlöschen eines Rechts an fremder Sache das Eigentum wieder vollwirksam ist [2], ohne daß es irgendwelcher Rechtserwerbshandlungen des Eigentümers bedarf. Dies erkläre sich dadurch, daß die sämtlichen Befugnisse des Eigentümers auch während Bestehens des beschränkten Sachenrechts unbeschränkt im Eigentum verblieben seien, nur in ihrer Ausübbarkeit beschränkt durch das stärkere fremde Recht; bei Erlöschen dieses Rechts falle die Ausübungsbeschränkung fort, so daß das Eigentum seine Vollwirksamkeit wieder erlange, ohne daß ein Rechtserwerb notwendig sei.

Die Behauptung aber, daß beim Erlöschen eines Rechts an fremder Sache auf seiten des Eigentümers kein Rechtserwerb vorliege, ist nicht haltbar. Hat der Eigentümer z. B. einen Nießbrauch bestellt, so darf er für die Dauer des Nießbrauchs die Befugnisse, die Nießbrauchsinhalt sind, nicht ausüben. Diese Ausübungsbeschränkung ist nichts

1) Heinsheimer, KrVJSchr. 50, 463 ff., bes. 470 f. (Aehnlich schon Windscheid § 200 Anm. 3 S. 1023.)

2) Enneccerus § 72 I A 1 (S. 176). Insbesondere Hirsch, Uebertragung der Rechtsausübung, an vielen Stellen, z. B. 217 ff.

anderes als eine Rechtsminderung; denn es sind keine außerrechtlichen Hindernisse, die die Ausübung seines Rechts beeinträchtigen oder vereiteln, sondern es sind Rechtsverbote, es ist die Rechtsordnung selbst. Die Unterscheidung vom Recht und der Möglichkeit seiner Ausübung (als der Verwirklichung seines Inhalts) hat dann Sinn, wenn es sich um andere als rechtliche Schranken der Ausübung handelt. Dann läßt sich allerdings sagen: der Eigentümer hat das Recht (z. B. zum unmittelbaren Besitz), aber er kann es nicht ausüben (z. B. weil ihm die Sache abhanden gekommen ist); wenn aber dieses Nicht-Ausüben-Können ein Nicht-Ausüben-Dürfen ist, dann führt die Unterscheidung zwischen Recht und Ausübung notwendig zur Annahme eines — vom Recht selbst noch irgendwie unterscheidbaren — Rechts zur Ausübung des eigenen Rechts. Ganz abgesehen davon, ob ein derartiger Begriff sich irgendwie sonst würde verwerten und dadurch rechtfertigen lassen, so führt er jedenfalls hier nicht zu der damit beabsichtigten Erklärung. Denn dann müßte man sagen: der Eigentümer erwirbt beim Untergang des ihn beschränkenden dinglichen Rechts das Recht zur Ausübung seines Eigentums wieder: er darf das wieder, was ihm bei Bestehen des fremden Sachenrechts verboten war. Auch dann also handelt es sich um einen Rechtserwerb und zwar um den Erwerb eines Rechts, das inhaltlich dem Recht des beschränkt-berechtigten Nichteigentümers voll entspricht; der Eigentümer darf das wieder, was inzwischen der Nichteigentümer durfte [1]).

---

1) Doch sei gegenüber Krückmann bemerkt, daß die Frage der Rechtsnachfolge hierdurch nicht zugunsten der restitutiven Sukzession entschieden ist; denn in der Behauptung, daß der Eigentümer ein Recht erwirbt, wie es der Nichteigentümer hatte, ist die weitere Behauptung, daß er es erwirbt, weil der Nichteigentümer

Der Schein einer Vervielfältigung der Eigentumsbefugnisse, wie insbesondere Hirsch[1]) sie bei der Entstehung jeden fremden Sachenrechts annimmt, entsteht allerdings in den Fällen, in denen der Eigentümer gewisse Befugnisse nicht gänzlich verliert, sondern neben dem beschränkt Berechtigten selbst berechtigt bleibt. Bestellt z. B. der Eigentümer eine Wegegerechtigkeit, so scheint die Befugnis zur Benutzung des Weges verdoppelt zu sein, da nun Eigentümer und Nichteigentümer dasselbe dürfen, was vorher der Eigentümer allein durfte. Aber auch in solchen Fällen ist es keine Vervielfältigung, sondern eine Teilung; denn nur Eigentümer und Nichteigentümer zusammen dürfen wirklich dasselbe, was vorher der Eigentümer allein durfte; nicht aber jeder von ihnen, da keiner es mehr — wie vorher der Eigentümer — ausschließlich darf[2]). Das Eigentum als das in den Schranken der Rechtsordnung unbeschränkteste und ausschließliche Herrschaftsrecht an einer Sache kann überhaupt nicht in Vervielfältigung gedacht werden, und zwar ebensowenig in seinen Teilen wie als Ganzes. Es handelt sich bei der Bestellung beschränkter Sachenrechte nicht anders als bei der Bestellung von Miteigentum um eine Verteilung der Eigentumsbefugnisse auf mehrere Personen. Auch da also, wo dem Eigentümer während des Bestehens eines beschränkenden Sachenrechts inhaltsgleiche Befugnisse verblieben waren, findet beim Untergang des fremden Sachenrechts ein Rechtserwerb auf seiten des Eigentümers statt; er darf nunmehr diese Befugnisse wieder

---

es hatte, nicht enthalten. Die Beantwortung dieser Frage kann hier dahingestellt bleiben.

1) z. B. S. 212 ff.

2) Ebenso ist es bei der Bestellung mehrerer inhaltsgleicher Rechte an fremder Sache (Hirsch S. 204 f.).

ausschließlich ausüben, was er inzwischen nicht durfte. Auch hier würde die Unterscheidung zwischen Recht und Ausübung nur zur Einschiebung eines Rechts zur Rechtsausübung führen, an dem Vorgang als einem Rechtserwerb ohne weiteres jedoch nichts ändern können.

Diese Erscheinung, daß ein dingliches Recht ohne weiteres erworben wird, ist aber keine Besonderheit, die nur dem Rückerwerb der Befugnisse beim Untergang eines Rechts an fremder Sache eigentümlich wäre; sondern sie ist immer dann gegeben, wenn Rechte unter auflösender Bedingung oder unter Bestimmung eines Endtermins übertragen sind und die Bedingung oder der Zeitpunkt eintritt. § 158 I, § 163. Will man diese Erscheinung einheitlich erklären, so wird man sagen müssen, daß kraft zwingenden Rechts der Uebergang von Teilinhalten des Eigentums auf einen Nichteigentümer stets nur auf Zeit erfolgen kann, während in dem grundsätzlich zeitlich unbegrenzten Eigentum die Anwartschaft auf Rückerwerb dieser Befugnisse notwendig verbleiben muß. Diese vom Eigentum untrennbare Anwartschaft auf die zeitweilig übergegangenen Rechte rechtfertigt es, auch dann noch vom „Eigentum" des Eigentümers zu sprechen, wenn der gegenwärtige inhaltliche Bestand seines Rechts durch die Bestellung fremder Sachenrechte noch so erheblich gemindert ist[1]).

§ 5.

β) Hält man also an der Auffassung Gierkes fest, daß Rechte an fremder Sache verselbständigte Teilinhalte des Eigentums sind, die durch ihren Bestand den Bestand

1) Gierke § 120 VI 6 (S. 365); M. Wolff § 51 II (S. 148); Krückmann S. 158 Anm. 7 (vgl. jedoch die Anm. 1 auf S. 24).

des Eigentums in seinem Rechtsinhalt zeitweilig mindern, so folgt daraus, daß der Eigentümer bei Bestehen eines fremden dinglichen Rechts zum Besitz der Sache nicht das Recht auf gegenwärtigen unmittelbaren Besitz hat. Für die Gruppe von Fällen, in denen der dingliche Besitzberechtigte dem Eigentümer den Besitz vermittelt, kann daher eine grundsätzliche Beschränkung des Eigentümer-Besitzrechts auf das Recht zum mittelbaren, durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz angenommen werden.

Gegen diese Annahme wird jedoch geltend gemacht, daß der Eigentümer stets den dinglichen Herausgabeanspruch hat, auch wenn ein Dritter zum Besitz der Sache dinglich berechtigt ist [1]). Dieser Herausgabeanspruch sei der Beweis dafür, daß dem Eigentümer das Recht zum Besitz unbeschränkt verblieben sei. Doch das Recht zum gegenwärtigen unmittelbaren Besitz wäre nur dann Voraussetzung des dinglichen Herausgabeanspruchs des Eigentümers, wenn dieser Anspruch auf die Herausgabe der Sache an den Eigentümer selbst gerichtet wäre. Dies aber ist zu bestreiten. Das Gesetz versagt dem Eigentümer diesen Anspruch (auf Herausgabe an sich selbst) grundsätzlich gegenüber dem Besitzmittler eines Dritten, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, zur Ueberlassung des Besitzes an den Besitzmittler aber nicht befugt war. § 986 I 2. Hierin kann aber nicht die ausnahmsweise Berücksichtigung des Rechts eines Dritten liegen; denn dann ergäbe sich — wie oben ausgeführt — eine bevorzugte Stellung dessen, der den Besitz unbefugtermaßen überläßt, vor dem, der es berechtigterweise tut. Sondern hierin kommt die durch das Besitzrecht des Dritten bewirkte Beschränkung des Eigentums selbst zum Ausdruck. Der Eigentümer einer Sache,

1) Zitelmann, ArchCivPrax. 99, 33; Hirsch S. 210 ff.

die mit einem fremden Recht zum Besitz belastet ist, kann daher, wenn der besitzberechtigte Besitzmittler den Besitz verloren hat, vom Besitzer grundsätzlich nicht Herausgabe an sich selbst verlangen, sondern er muß die Herausgabe an den Besitzberechtigten fordern. Dieser Herausgabeanspruch wird hervorgebracht durch das im Eigentum enthaltene Recht zum mittelbaren Besitz, das durch den Besitzverlust des Besitzmittlers verletzt ist. Kann jedoch der dem Besitzrecht des Eigentümers entsprechende Zustand des mittelbaren Besitzes darum nicht hergestellt werden, weil der Besitzmittler zur Wiederübernahme des Besitzes nicht bereit ist, so erwächst dem Eigentümer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich selbst (arg. § 986 I 2); bei einer Verhinderung des Besitzmittlers an der Ausübung seines Rechts hat demnach der Eigentümer ein gegenwärtiges Recht zum unmittelbaren Besitz. Eine Kollision der Rechte, d. h. eine Unverträglichkeit der Rechtsausübungen, kann jedoch auch in diesem Fall nicht entstehen, da dieses Besitzrecht des Eigentümers nur so lange besteht, als der besitzberechtigte Nichteigentümer außerstande ist, sein Recht auszuüben, mag dies auf äußeren oder inneren Gründen („kann oder will") beruhen. Es ist ein Notbesitzrecht des Eigentümers, das über das Notbesitzrecht des mittelbaren Besitzers als solchen (§ 869 I 2) insofern hinausgeht, als es nicht nur bei Besitzverlust durch verbotene Eigenmacht, sondern bei jedem Besitzverlust des Besitzmittlers gegeben ist.

§ 986 I 2 enthält zweifellos eine Ausnahme, und eine derartig weitgehende Auslegung der Bestimmung bedarf der weiteren Rechtfertigung. Es handelt sich hier nicht um eine Ausdehnung dieser Ausnahme über den einen vom Gesetz genannten Fall, sondern um die Aufzeigung eines in dieser Ausnahme zum Ausdruck gekommenen allgemeinen

Prinzips des Gesetzes. Die Ausnahme nämlich, die § 986 I 2 aufstellt, ist nicht die Beschränkung der Vindikation auf einen Anspruch auf Herausgabe an einen Dritten [1]), sondern die Gewährung der Vindikation in diesem Fall.

Nachdem im § 986 I 1 bestimmt ist, daß der Eigentümer mit seiner Vindikation gegen einen Besitzberechtigten nicht durchdringt — und zwar gleicherweise nicht gegen den, der unmittelbar ihm gegenüber besitzberechtigt ist, wie gegenüber dem nicht, der einem ihm gegenüber besitzberechtigten Dritten gegenüber zum Besitz berechtigt ist —, wird hiervon eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß dieses — nach § 986 I 1 dem Eigentümer gegenüber wirksame — Recht zum Besitz durch unbefugte Besitzüberlassung seitens des Dritten begründet ist. Ein so erworbenes Recht zum Besitz ist dem Eigentümer und darum der Vindikation gegenüber nicht wirksam. Daraus, wie nun das Gesetz diesen Fall regelt: daß der Eigentümer von dem nicht besitzberechtigten Besitzer bei Bestehen eines fremden Besitzrechts Herausgabe der Sache grundsätzlich nicht an sich selbst, sondern nur an den Besitzberechtigten verlangen kann, läßt sich der Grundsatz entnehmen: die Vindikation ist stets, wenn ein Dritter zum Besitz der Sache berechtigt ist, auf Herausgabe der Sache an den Dritten gerichtet und verwandelt sich erst dann in einen Anspruch auf Herausgabe an den Eigentümer, wenn der Dritte den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann. Das, was in der Bestimmung des § 986 I 2 Ausnahme ist, wird hierdurch nicht ausgedehnt; denn die Ausnahme lag darin, daß der Eigentümer in diesem Fall überhaupt einen Anspruch gegen den nach der Regel des § 986 I 1 ihm gegenüber Besitzberechtigten

1) So Biermann (gegen M. Wolff) zu § 986 unter 2b (S. 273).

durchführen kann; nicht aber darin, daß er diesen Anspruch nur in der das Besitzrecht des Dritten berücksichtigenden Form hat. In dieser Beschränkung kommt vielmehr die allgemeine, allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochene Regel zum Ausdruck: daß der Eigentümer bei Bestehen eines fremden Rechts zum Besitz der Sache grundsätzlich nicht Herausgabe der Sache an sich selbst verlangen kann.

Hier endlich kann der Grund widerlegt werden, der Rappaport[1]) und Brodmann[2]) zur Aufrechterhaltung des Einredebegriffs für § 986 I 1 führt, obwohl sie das unbillige Versäumnisurteil gegen den Besitzberechtigten nicht ergehen lassen wollen. Sie sagen, die Geltendmachung des Rechts zum Besitz gegen die Vindikation müsse gebunden sein an die Zuständigkeit dieses Rechts; der Nichtbesitzberechtigte soll sich auf das Besitzrecht eines Dritten nicht berufen, der Dieb den Pfandgläubiger nicht gegen den Eigentümer ausspielen können. Eine derartige Folge erscheint allerdings äußerst unbillig; doch dieser Schein entsteht gerade dadurch, daß man an dem Einredebegriff hier festhält. Dann allerdings liegt eine — durch nichts gerechtfertigte — exceptio ex iure tertii vor, die dem Dieb gegen den Eigentümer gewährt würde. Geht man aber davon aus, daß ein Eigentümer, der selbst nicht zum gegenwärtigen unmittelbaren Besitz der Sache berechtigt ist, grundsätzlich zu viel verlangt, wenn er auf Herausgabe der Sache an sich selbst klagt, und sei es selbst gegen den Dieb, dann ergibt sich aus der Umgestaltung des Herausgabeanspruchs, wie sie dem um dieses Besitzrecht geminderten Eigentum entspricht, die Berücksichtigung des fremden Besitzrechts von selbst, und

1) S. 32 ff.
2) Vor §§ 985 ff. unter 2 (S. 473).

es liegt dann nicht die mindeste Unbilligkeit darin, dieses Besitzrecht des Dritten in der Verurteilung auch dann zu berücksichtigen, wenn es etwa erst durch ein Vorbringen des Diebes zur Kenntnis des Richters gelangt ist. Ein Schutz ist dem Dieb damit nicht gewährt, da er in jedem Falle zur Herausgabe der Sache verurteilt wird.

Der hier behauptete Satz, daß der Eigentümer bei Besitzverlust seines dinglich zum Besitz berechtigten Besitzmittlers grundsätzlich nur Herausgabe an den Besitzmittler verlangen kann, wird gedeckt von der Formel, die M. Wolff[1]) durch ausdehnende Auslegung des § 986 I 2 gefunden hat. Dadurch aber, daß M. Wolff davon ausgeht, der Zweck des § 986 I 2 sei die Berücksichtigung des Rechts eines Dritten, und daß er diesen Rechtsgedanken über den einen vom Gesetz genannten Fall hinaus zur Geltung bringen will, ergibt sich folgende Abweichung des hier gefundenen Ergebnisses. M. Wolff hält an dem Erfordernis fest: „der Zwischenmann muß Zwischen-Besitzer sein". „Denn der Kläger, der nichts begehrt, als die Wiederherstellung des vor der Besitzerlangung des Beklagten vorhandenen Besitzstandes, begehrt nicht zuviel und nichts dem Zwischenmanne Beschwerliches". Anders stellt sich die Sachlage hier dar. Hat z. B. der nichtbesitzende Grundstückseigentümer einem Dritten den Nießbrauch am Grundstück bestellt durch Einigung und Eintragung, so ist das Eigentum bereits durch diesen Vorgang um das Recht zum gegenwärtigen unmittelbaren Besitz gemindert, und die Vindikation des Eigentümers kann grundsätzlich nur darauf gerichtet sein, daß das Grundstück dem Nießbraucher eingeräumt werde. Hier würde also in dem Begehren der bloßen Wiederherstellung des früheren Besitzstandes doch eine pluris petitio des Eigentümers

1) Recht zum Besitz 169.

liegen. (Diese Abweichung vom Ergebnis M. Wolffs ergibt sich jedoch nicht für die Fälle des nichtdinglichen Besitzrechts des Dritten, das auf ein Schuldverhältnis gegründet ist. Darüber im nächsten Abschnitt.)

Der Einwand, den Brodmann[1]) gegen die Ausdehnung des § 986 I 2 durch M. Wolff erhebt, trifft auch die hier aufgestellte Behauptung. Brodmann sagt, das Gesetz schütze im § 986 I 2 darum den Dritten, weil „die Klage des Eigentümers sich gegen einen durch den Besitz und in dem Besitz des Beklagten verwirklichten und daher in diesem Besitz zugleich angegriffenen gegenwärtigen Besitzstand (des mittelbaren Besitzers) richtet, den zu dulden der Eigentümer verpflichtet ist". Darum sei es offensichtlich ungerechtfertigt, von dem Erfordernis des mittelbaren Besitzes abzusehen. Dagegen ist zu sagen: selbst angenommen, der Schutz des Dritten sei der Zweck des § 986 I 2, so kann damit doch nur der Schutz des Rechts zum Besitz, nicht aber der Schutz des gegenwärtigen Besitzstandes des Dritten gemeint sein. Denn diesen Besitzstand des Dritten ist der Eigentümer eben nicht zu dulden verpflichtet. Das gerade begründet den Herausgabeanspruch des Eigentümers, daß der Besitzberechtigte sich nicht in dem seinem Besitzrecht entsprechenden Besitzstand befindet; über den Unterschied des mittelbaren und des unmittelbaren Besitzes darf hier keinesfalls hinweggesehen werden; denn wäre der Besitzberechtigte im unmittelbaren Besitz (wie es seinem Recht entspräche), oder hätte der mittelbare Besitzer das Recht zur Ueberlassung des Besitzes (wie es seinem Besitzstand entspräche), so könnte der Eigentümer überhaupt keine erfolgreiche Vindikation anstellen. Weil aber der Eigentümer den gegenwärtigen Be-

1) Zu § 986 unter 1 b γ (S. 486).

sitzstand des mittelbaren Besitzers nicht zu dulden braucht, hat er hier die Vindikation, und zwar in der das fremde Recht zum Besitz berücksichtigenden Form: als Anspruch auf Herausgabe an den Besitzberechtigten.

Wenn Brodmann[1]) des weiteren gegen M. Wolff ausführt, „die Einrede hätte selbstverständlich zur Voraussetzung nicht nur, daß der Vorbesitzer oder Rechtsurheber des Beklagten dem Eigentümer gegenüber, sondern auch daß der Beklagte seinem Vorbesitzer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, und der Rechtsstreit könnte nicht zum Austrag kommen, ohne daß auch das letztere, vielleicht sehr verwickelte Rechtsverhältnis zu einem Dritten völlig klargestellt wird", so übersieht er, daß M. Wolff hier durchaus nicht an der Voraussetzung festhält, der Beklagte müsse seinem Vorbesitzer gegenüber besitzberechtigt sein. Dadurch, daß M. Wolff seinen Satz als Ausdehnung des § 986 I 2 formuliert hat, kann man allerdings zu der Annahme Brodmanns verleitet werden; daß sie aber unzutreffend ist, lehren insbesondere die Beispiele S. 168 o.: „dasselbe" (Schutz des Besitzrechts des Dritten) „gilt vollends, wenn dem Zwischenmann die Sache gestohlen worden oder verloren gegangen ist oder er sie in Geisteskrankheit weggegeben hat".

Läßt man aber den Gedanken, der § 986 I 2 enthalte die Gewährung einer exceptio ex iure tertii, fallen, sieht man vielmehr in der Veränderung, die der Eigentümer-Herausgabeanspruch hier erfährt, den Ausdruck der durch das fremde Besitzrecht bewirkten Eigentumsminderung, so besteht offensichtlich gar kein Grund, diese Umgestaltung der Vindikation auf den Fall des mittelbar besitzenden

1) A. a. O.

Dritten zu beschränken. Sie ist stets dann anzunehmen, wenn der Eigentümer bei Bestehen eines fremden Rechts zum Besitz der Sache Herausgabe der Sache vom nicht besitzberechtigten Dritten fordert.

Die Auffassung, daß beschränkte Sachenrechte verselbständigte Teilinhalte des Eigentums sind, bewährt sich also hier an diesem gerechtfertigten Ergebnis. Sie kann daher aufrechterhalten werden, und es ist zu behaupten: jedes dingliche Recht zum Besitz einer fremden Sache mindert während seines Bestandes das Eigentum um die entsprechende Befugnis. Ist das Besitzrecht vom Eigentümer erworben, so verbleibt dem Eigentümer das Recht zum mittelbaren, durch den Besitzberechtigten ihm vermittelten Besitz. Die Besitzrechte des Eigentümers und des beschränkt Berechtigten sind dann durch die Besitzmittlerschaft nicht nur in ihrer Ausübung miteinander verträglich, sondern das Besitzrecht des Eigentümers ist in seiner Ausübung von der Ausübung des fremden Besitzrechts sogar abhängig: nur durch den Besitz dieses Nichteigentümers ist der Eigentümer in dem seinem Recht entsprechenden Besitz. Ist dieser dem Recht des Eigentümers entsprechende Besitzstand nicht herstellbar, weil der Besitzberechtigte zur Ausübung seines Besitzrechts außerstande oder nicht bereit ist, so hat der Eigentümer ein Recht zum unmittelbaren Besitz für die Dauer dieses Zustands. Eine Unverträglichkeit der Ausübung dieses Not-Besitzrechts des Eigentümers mit dem Besitzrecht des Nichteigentümers ist ausgeschlossen, da es nur so lange besteht, als der besitzberechtigte Nichteigentümer an der Ausübung seines Rechts verhindert ist. Die Behauptung einer Kollision der Besitzrechte entspricht daher für die Fälle des dinglich berechtigten Besitzmittlers niemals der Lage der Sache.

§ 6.

b) Die Frage, ob der Eigentümer seinem besitzberechtigten Besitzmittler gegenüber selbst zum gegenwärtigen unmittelbaren Besitz berechtigt ist, soll nunmehr für die Gruppe von Fällen untersucht werden, in denen der Besitzmittler nicht dinglich zum Besitz berechtigt ist; und zwar zuerst

α) für die Gruppe, in der die Besitzrechtsstellung des Besitzmittlers auf einem Schuldverhältnis beruht.

a_1) Die Besitzrechtsstellung des auf Grund Schuldverhältnisses dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten ist von der Stellung eines dinglich Berechtigten durchaus verschieden; denn während dieser sich gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung durch eigene dingliche Ansprüche wehren und sich fremden gegen ihn erhobenen Ansprüchen gegenüber auf sein eigenes dingliches Recht berufen kann, ist der auf Grund eines Schuldverhältnisses zum Besitz Berechtigte Dritten gegenüber nicht in dieser Weise geschützt. Zwar hat er — abgesehen von dem Schutz gegen verbotene Eigenmacht der §§ 861/2, wie ihn jeder Besitzer gleicherweise genießt — den Anspruch des früheren Fahrnisbesitzers aus § 1007 und kann sich einer Vindikation gegenüber durch Benennung des Eigentümers nach § 76 ZPO. schützen: doch sind beide Rechtsbehelfe schwächer als die dem dinglich Berechtigten verliehenen. Denn der dinglich Besitzberechtigte braucht zur Begründung seines Herausgabeanspruchs nur sein Recht zum Besitz zu behaupten, mit Hilfe der Vermutung des § 1006 II im Streitfalle nur die Tatsache seines früheren Besitzes zu beweisen und ist nur dem Einwand ausgesetzt, daß nicht er, sondern der Beklagte gegenwärtig zum unmittelbaren Besitz der Sache berechtigt sei. Der nicht dinglich Berechtigte muß dagegen

zur Begründung der Klage aus § 1007 behaupten, entweder daß der Beklagte bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder daß ihm selbst die Sache abhanden gekommen ist; er wird gegebenenfalls dem Einwand [1]) ausgesetzt sein, daß er den Besitz freiwillig verloren habe; falls er die Klage auf das Abhandenkommen der Sache stützen muß, dem weiteren Einwand, daß die Sache dem Beklagten bereits früher einmal abhanden gekommen sei. — Daß die Benennung des mittelbaren Besitzers nach § 76 ZPO. ein unvergleichlich schwächeres Mittel ist als die Berufung auf eigenes dingliches Recht, zeigt sich besonders daran, daß dieser Schutz dann versagt, wenn der Benannte sich nicht erklärt. Denn dann „ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen". Der Mieter kann also genötigt sein, die Wohnung zu räumen, obwohl er dem wahren Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, weil der Eigentümer es versäumt hat, den Vindikationsprozeß des Nichteigentümers gegen seinen Mieter zu übernehmen.

b_1) Die Stellung des dinglich und die des obligatorisch [2]) zum Besitz berechtigten Besitzmittlers sind also durchaus verschieden. In einer Beziehung aber, und zwar in der hier wesentlichen, sind sie völlig gleich: in der Beziehung zum Eigentümer [3]).

---

1) Daß dies ein Einwand nur dann ist, wenn die Klage auf § 1007 I gestützt wird, dagegen bei einer Klage aus § 1007 II ein Leugnen des Klaggrundes enthält, darüber vgl. Gierke, Fahrniserwerb 59 Anm. 33.

2) Statt des Genaueren: „auf Grund Schuldverhältnisses" der Kürze halber.

3) Ueber die Annäherung des durch Besitz gefestigten obligatorischen Rechts an ein dingliches Recht vgl. insbesondere Gierke II S. 261 § 116 III 2; § 140 I besonders S. 612; Fahrnisbesitz 41 ff; v. Tuhr, Allg. Teil I, 1 § 11 II 6 (S. 214 f.).

α_1) Das Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Eigentümer und seinem Besitzmittler ist dasselbe, wenn der Besitzmittler dinglich, wie wenn er obligatorisch zum Besitz berechtigt ist. Der Eigentümer ist stets durch den Besitz des Besitzmittlers selbst auch im Besitz. § 868. Er kann stets bei der Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht erst dann Herausgabe an sich verlangen, wenn der Besitzmittler den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. § 869. Er kann stets seinen mittelbaren Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen. § 870. Diese Gestaltung des Besitzmittlungsverhältnisses ist für den Besitzmittler jeder Stufe die gleiche. § 871.

β_1) Das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und seinem berechtigten Besitzmittler ist dasselbe, wenn der Besitzer dinglich, wie wenn er obligatorisch zum Besitz berechtigt ist. Der Eigentümer kann niemals gegen den Einwand des Rechts zum Besitz mit seinem Herausgabeanspruch durchdringen. § 986 II. Er kann stets bei unerlaubter Besitzüberlassung an einen Unter-Besitzmittler erst dann Herausgabe an sich verlangen, wenn der Besitzberechtigte den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann. § 986 I 2. Er kann die Rechtsstellung des Besitzberechtigten durch die Veräußerung nach § 931 nicht beeinträchtigen. § 936 III, § 986 II [1]). Diese Gestaltung des Besitzrechtsverhältnisses ist für den mittelbar Besitzenden jeder Stufe die gleiche. § 986 I 1.

Nicht nur also, wer auf Grund eines Schuldverhältnisses mit dem Eigentümer ein Recht zum Besitz erworben hat, sondern auch, wer auf Grund eines Schuldverhältnisses mit einem dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigten

1) Darüber unten S. 99 ff.

Dritten ein Recht zum Besitz erworben hat, ist dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt. (Ueber die Ausnahme nach § 986 I 2 s. o. S. 28 f.) Es liegt kein Grund vor, dieses Recht zum Besitz der mittelbar dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigten dadurch von dem Recht der unmittelbar dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigten zu unterscheiden, daß man es als „Besitzbehaltungsrecht“ [1]) bezeichnet, und es erscheint unrichtig, die Berufung auf das Recht des Dritten im Fall des § 986 I 1 eine exceptio ex iure tertii zu nennen [2]). Denn der Vindikationsbeklagte, der sich durch die Berufung auf das Besitzrecht des Dritten schützt, macht damit nicht fremdes Recht geltend, sondern legt damit sein eigenes Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer dar. Der dinglich Berechtigte braucht allerdings nur sein gegen jedermann wirksames Recht darzutun, um einen dinglichen Anspruch abzuwehren. Der obligatorisch zum Besitz Berechtigte muß jedoch der Vindikation gegenüber stets die Wirksamkeit seines Besitzrechts gegenüber dem Eigentümer beweisen; wie der unmittelbar dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigte zu diesem Zweck dartun muß, daß ein Besitzrecht begründendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer besteht, so muß der mittelbar dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigte zu diesem Zwecke dartun, daß ein derartiges Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Dritten besteht und daß dieser Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Damit aber ist die Wirksamkeit seines eigenen Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer bewiesen.

Die Gleichstellung der dinglich und der obligatorisch

---

1) M. Wolff, Recht zum Besitz 166.

2) Stammler S. 126 ff.; M. Wolff S. 160; Brodmann S. 485. Dagegen: Rappaport S. 203.

zum Besitz Berechtigten auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des Eigentümers durch § 986 II gilt allerdings nur im Fahrnisrecht. Diese Vorschrift[1]) beruht darauf, daß der Fahrnisbesitz das Recht zum Besitz ersichtlich macht. Bei Liegenschaften hingegen, wo das Mittel zur Kundgebung des Rechts nicht der Besitz, sondern der Bucheintrag ist, können andere als dingliche Rechte nicht in dieser Weise mit Wirksamkeit gegenüber dem Rechtsnachfolger des Eigentümers ausgestattet sein, weil sie nicht eintragbar und darum nicht ersichtlich sind. Wenn dieser Unterschied aber nur darauf beruht, daß die Publizitätsfunktion des Besitzes im Liegenschaftsrecht versagt, so wird man aus diesem Unterschied nicht auf eine Verschiedenheit des Besitzrechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und obligatorisch Besitzberechtigtem, je nachdem es sich um Liegenschaft oder Fahrnis handelt, schließen dürfen. Denn einerseits besteht eine vollkommene Gleichgestaltung des Besitzrechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und dinglich Besitzberechtigtem ohne Unterschied für Liegenschafts- und Fahrnisrecht, andererseits besteht eine vollkommene Gleichgestaltung des Besitzrechtsverhältnisses zwischen Fahrnis-Eigentümer und dem ihm gegenüber Besitzberechtigten ohne Unterschied für dingliches und obligatorisches Recht. Zudem hat das Gesetz die Nachteile, die sich für den obligatorisch zum Besitz eines Grundstücks oder eines Raumes Berechtigten aus dem Mangel des Bucheintrags ergeben würden, für die Hauptfälle: den Miets- und den Pachtbesitz, dadurch beseitigt, daß es den Grundstückserwerber kraft Gesetzes in das besitzrechtsbegründende Schuldverhältnis eintreten läßt. § 571, § 580, § 581 II. Von Bedeutung wird der Unterschied

1) Vgl. dazu **Gierke**, Fahrnisbesitz 41 ff.; **Crome**, Juristische Natur der Miete 66 ff. (JheringsJ. Bd. 37); M. **Wolff**, Recht zum Besitz 156 ff.

daher nur, wenn das Recht zum Besitz entweder auf Leihe oder auf Kauf oder Schenkung begründet ist. Im letzteren Fall kann jedoch die schwächere obligatorische Rechtsstellung dadurch dinglich gefestigt werden, daß der Anspruch auf Uebereignung durch Vormerkung gesichert wird. § 883.

Die Gleichstellung der berechtigten Besitzmittler in ihrem Verhältnis zum Eigentümer, mag ihr Recht zum Besitz sachenrechtlich oder schuldrechtlich begründet, mag es dem Eigentümer gegenüber unmittelbar oder mittelbar wirksam sein, mag es eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum Gegenstand haben, ist vom Gesetz durchgeführt auch für den Fall des § 986 I 2. Diese Vorschrift enthält — wie oben ausgeführt ist — nicht eine Ausnahme zugunsten des Dritten, sondern eine Ausnahme zugunsten des Eigentümers, der bei unbefugter Besitzüberlassung mit seiner Vindikation durchdringen soll, auch wenn der Beklagte sich nach der Regel des § 986 I 1 der Vindikation würde erwehren können. An der Richtung der Vindikation im Fall des § 986 I 2 war jedoch das dem Gesetz zugrunde liegende Prinzip zu erkennen: der Eigentümer kann, solange ein Dritter zum Besitz der Sache berechtigt ist, grundsätzlich nur Herausgabe der Sache an den Besitzberechtigten verlangen[1]; nur wenn der Dritte den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, darf der Eigentümer Herausgabe an sich selbst fordern. Auch für diese dem Gesetz entnommene Regel wird Gleichstellung der dinglich und der obligatorisch zum Besitz Berechtigten anzunehmen sein. Wollte man diese Annahme ablehnen, so käme man nicht nur zu einem unbilligen Ergebnis durch die Zurücksetzung, die der obligatorisch Besitzberechtigte hinter dem dinglich Besitzberechtigten hier — in

[1] Und zwar auch von dem nicht berechtigten Besitzer, der nicht Besitzmittler des berechtigten Dritten ist, z. B. vom Dieb.

seinem vom Gesetz überall gleichgestalteten Verhältnis zum Eigentümer — erführe; sondern man käme auch hier zu dem widerspruchsvollen Ergebnis, daß der obligatorisch zum Besitz Berechtigte, der den Besitz unbefugtermaßen einem Unterbesitzmittler überlassen hat, einen Schutz erfährt, der dem berechtigten Besitzüberlasser versagt wäre. Würde z. B. der Eigentümer gegen den Mieter seines Mieters nach Ablauf der Untermietszeit, aber während der Dauer des eigenen Vertrages auf Herausgabe der Sache klagen, so könnte der Untermieter gegen die Verurteilung zur Herausgabe an den Eigentümer nichts einwenden, wenn der Untervermieter zur Besitzüberlassung berechtigt war. War aber im gleichen Fall der Untervermieter zur Ueberlassung des Besitzes nicht befugt, so würde der Untermieter durch das Vorbringen dieser Tatsache erreichen, daß er statt zur Herausgabe an den Eigentümer zur Herausgabe an seinen Vermieter verurteilt wird. Die im § 986 I 2 zum Ausdruck gekommene Regel gilt daher zweifellos auch für die Fälle, in denen der Dritte obligatorisch zum Besitz der Sache berechtigt ist.

§ 7.

Zu α) Hat demnach der Eigentümer bei Bestehen eines fremden, ihm gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz der Sache, auch wenn dies auf einem Schuldverhältnis beruht, grundsätzlich keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich selbst, so ist auch hier das unbeschränkte Fortbestehen seines Rechts zum Besitz zu bestreiten. Beruht das Recht zum Besitz auf einem Besitzmittlerschaft begründenden Schuldverhältnis, so ist die zeitweilige Verwandlung des Eigentümer-Besitzrechts in ein Recht zum mittelbaren Besitz zu behaupten.

a_1) In dieser Behauptung liegt nichts, was dem Wesen

des Eigentums als eines absoluten Rechts widerspräche. Ein Widerspruch zum Wesen des absoluten Rechts liegt vielmehr umgekehrt in der Behauptung, das Besitzrecht des Eigentümers bestände nach der Begründung eines fremden Rechts zum Besitz fort, sei aber dem Besitzberechtigten gegenüber in seiner Wirksamkeit beschränkt, der dingliche Herausgabeanspruch darum durch die Einrede des Rechts zum Besitz gehemmt. Sagt z. B. Brodmann[1]) zur Rechtfertigung der Einrede des § 986 I 1: „selbst da, wo das Recht des Beklagten zum Besitz ein dingliches ist, bei Nießbrauch, Pfandrecht, wenn es sich also auch bei ihm um eine absolute, gegen jedermann wirksame Rechtsstellung des Berechtigten handelt, gilt das gleiche doch nicht von der seinem Recht entsprechenden, durch dieses Recht bedingten Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Eigentümers. Jedem anderen gegenüber besteht das Eigentum in ungeminderter Fülle. . . . . Vollends sind Eigentum und schuldrechtlicher Anspruch auf den Besitz gegeneinander inkommensurabel" — so liegt darin ein zwiefacher Widerspruch zum Wesen des absoluten Rechts. Erstens darin, die Einrede des § 986 I 1, die den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers abzuwehren imstande sein soll, als Einrede aus dem Schuldverhältnis aufzufassen; es ist nicht der schuldrechtliche Anspruch des Mieters auf Ueberlassung der Sache, der der Vindikation des Vermieters gegenüber den Einwand des § 986 I 1 begründet, sondern es ist das Recht zum Besitz, das allein durch Schuldverhältnis nicht begründet werden kann. Vor allem aber wird durch die Behauptung: das Recht des nicht unmittelbar besitzenden Eigentümers zum unmittelbaren Besitz sei allen Dritten gegenüber voll

1) Vor §§ 985 ff. unter 2 (S. 473).

wirksam und nur in seiner Wirksamkeit einem bestimmten Dritten gegenüber gehemmt — dadurch wird hier nur der Schein eines absoluten Rechts gewahrt. Denn allein durch Wirksamkeit diesem bestimmten Dritten gegenüber könnte dieses Recht verwirklicht werden: durch erfolgreiche Vindikation gegen den berechtigten Besitzer[1]). Nimmt man dagegen an, daß die Begründung eines besitzvermittelnden Rechts zum Besitz durch den Eigentümer das Besitzrecht des Eigentümers zeitweilig in ein Recht zum mittelbaren Besitz verwandelt, so ist das Wesen des absoluten Rechts in jeder Beziehung gewahrt; denn das Recht des Eigentümers zum mittelbaren Besitz ist jedermann gegenüber wirksam, und zwar ohne die Ausnahme desjenigen Dritten, auf den es ankommt. In seinem Inhalt ist es hingegen gemindert: die Besitzbefugnisse sind teilweis und zeitweilig aus dem Eigentum auf einen anderen übertragen. Daß in der Verteilung der Eigentumsbefugnisse auf mehrere Personen kein Widerspruch zum Wesen des absoluten Rechts gefunden werden kann, ist zweifellos; läge doch sonst in jeder Bestellung eines Rechts an fremder Sache ein derartiger Widerspruch. Aber auch in der Begründung eines nichtdinglichen Rechts zum Besitz liegt eine teilweise Uebertragung von Eigentumsbefugnissen. Dadurch, daß das Gesetz gewisse Besitzrechtsstellungen nicht zu dinglichen Rechtsstellungen ausgestaltet hat, ist dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben, ein minder starkes, nichtdingliches Recht zum Besitz für einen anderen zu begründen. Die Schwäche dieses Rechts zeigt sich jedoch nur Dritten gegenüber, insbesondere am Mangel eigener dinglicher Ansprüche, während es dem

---

1) Anders allerdings bei Ablehnung der Ausdehnung des § 986 I 2, deren Notwendigkeit aber bereits dargelegt ist, vgl. oben S. 27 ff., S. 40 ff.

Eigentümer gegenüber in derselben Weise gefestigt ist wie ein dingliches Recht; entsprechend zeigt sich auch die geringere Eigentumsminderung nur Dritten gegenüber, insbesondere daran, daß ausschließlich der Eigentümer bei Verletzung dieses Rechts die dinglichen Ansprüche hat. Im Ziel der Ansprüche aber kommt die Verteilung der Befugnisse dem Innenverhältnis entsprechend zum Ausdruck. Die Möglichkeit, eine derartige Beschränkung des absoluten Rechts durch Begründung eines nichtabsoluten Rechts anzunehmen, wird überdies vom Gesetz durch die Bestimmungen des § 1004 II und des § 1632 bestätigt.

b_1) Es ist zweifellos, daß die Begründung eines zum Besitz berechtigenden Schuldverhältnisses zur Begründung des Rechts zum Besitz nicht genügt. Nach dem Vorgange M. Wolffs [1]) wird allgemein angenommen [2]), daß es zwar außerdem der Besitzerlangung bedürfe, daß aber gleichgültig sei, auf welche Weise der Besitz erlangt wird; insbesondere könne auch die verboten-eigenmächtige Besitzergreifung dessen, der die Begründung des Rechts zum Besitz fordern kann, das Recht zum Besitz begründen.

Mit der Auffassung, daß die Begründung eines dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz das Eigentum um das Recht zum unmittelbaren Besitz zeitweilig mindere, ist die Annahme einer Besitzrechtsbegründung durch verboten-eigenmächtige Besitzergreifung nicht wohl vereinbar. Denn eine Eigentumsminderung, die nicht durch Verfügung des Eigentümers erfolgt, müßte auf ausdrücklicher Gesetzesvorschrift beruhen. Aber auch für die Auffassung, das Be-

---

1) a. a. O. 153 ff.

2) Kipp zu Windscheid Bd. 1 § 197 unter 1 (S. 1008) Staudinger-Kober zu § 986 unter 1b (S. 473); Brodmann zu § 986 unter 1a (S. 484); Rappaport S. 198, 204.

sitzrecht des Eigentümers bestände — nur in seiner Ausübung beschränkt — ungemindert fort, erscheint es nicht unbedenklich, Begründung des Rechts zum Besitz durch eigenmächtige Besitzergreifung anzunehmen. Denn da das dem Eigentümer gegenüber wirksame Recht zum Besitz stets die Wirkung hat, daß es den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers abwehren kann, so liegt in der Begründung dieses Rechts durch Uebergabe der Sache vom Eigentümer an den Besitzgläubiger eine Verfügung; und zwar nicht nur eine Verfügung über den Besitz, sondern eine Verfügung über das die Vindikation begründende Recht zum Besitz. Einen Vorgang aber, der das dingliche Recht des Eigentümers unmittelbar betrifft, wird man nicht ohne weiteres dadurch für ersetzt halten dürfen, daß der Besitzgläubiger verboten-eigenmächtig Besitz ergriffen hat.

Wenn M. Wolff zur Begründung seiner Annahme sagt [1]: „Ziel des Rechts auf Uebergabe ist nicht die Uebergabe, sondern die Besitzerlangung", so wird man wohl noch einen Schritt weitergehen und sagen müssen: Ziel des Rechts auf Uebergabe ist die Erlangung des Rechts zum Besitz. Dann aber wird nicht ohne weiteres angenommen werden dürfen, daß die Besitzerlangung ohne Uebergabe die Uebergabe ersetze. Grund zu dieser Annahme war wohl vor allem das Bedürfnis, den Besitzgläubiger, der irgendwie in den Besitz der Sache gelangt ist, wenigstens dann auch der Vindikation gegenüber zu schützen, wenn die Besitzschutzansprüche gegen ihn erloschen sind. Ein Mieter z. B. soll nicht für die vielleicht jahrelange Dauer seines Vertrages unter dem Mangel der Uebergabe zu leiden haben durch die ihm ständig drohende Vindikation des Vermieters, nur weil

1) A. a. O. 153.

er den Besitz eigenmächtig ergriffen hatte. Da dieser Schutz auch von der Auffassung aus wünschenswert erscheint, daß der Mieter in diesem Fall kein Recht zum Besitz erworben hat, so ist M. Wolff jedenfalls im Ergebnis, das „sich auch aus dem richtig verstandenen § 864 II entnehmen läßt"[1]), zu folgen. Der Eigentümer hat demnach gegen den Besitzgläubiger, der verbotene Eigenmacht verübt hat, eine wirksame Vindikation ebenso lange, als er mit den Besitzschutzansprüchen erfolgreich gegen ihn vorgehen kann; sind diese aber erloschen, sei es durch Jahresablauf, sei es nach § 864 II, so daß der Eigentümer sogar im Besitzschutzstreit unterliegen würde, so soll er auch im Besitzrechtsstreit — allein um der verbotenen Eigenmacht willen — nicht mehr obsiegen können.

Das obligatorische Recht zum Besitz wird also nur dadurch begründet, daß auf Grund eines besitzrechtsbegründenden Schuldverhältnisses der Besitzrechtsschuldner dem Besitzrechtsgläubiger die Sache übergibt. Die Uebergabe kann wie bei der Uebereignung beweglicher Sachen ersetzt werden, jedoch nicht durch Abtretung des Herausgabe-Anspruchs ohne Verschaffung des mittelbaren Besitzes, da hier an der Besitzerlangung als dem Mindesterfordernis festzuhalten sein wird.

Ist der Besitzrechtsschuldner der Eigentümer, so ist das Recht zum Besitz dem Eigentümer gegenüber unmittelbar wirksam: es entkräftet die Vindikation. Ist der Besitzrechtsschuldner zwar nicht der Eigentümer, aber ein dem Eigentümer gegenüber selbst unmittelbar zum Besitz berechtigter Dritter, so wirkt das Recht zum Besitz jedenfalls dann in gleicher Weise dem Eigentümer und der

---

1) A. a. O. 155.

Vindikation gegenüber, wenn zwischen dem Besitzrechtsgläubiger und dem Dritten ein Besitzmittlungsverhältnis entsteht. § 986 I 1 [1]).

Auf alle diese Fälle also, in denen auf Grund eines besitzvermittelnden Schuldverhältnisses ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zum Besitz begründet wird, bezieht sich die Behauptung, daß das im Eigentum enthaltene Recht zum Besitz sich für die Dauer des fremden Besitzrechts in ein Recht zum mittelbaren Besitz verwandelt. Die Möglichkeit einer Kollision des Eigentümerbesitzrechts mit dem fremden Besitzrecht ist daher auch für diese Gruppe von Fällen nichtdinglichen Besitzrechts zu bestreiten. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Eigentümer sein Besitzrecht durch den Besitz dieses Nichteigentümers ausübt. Ist aber der Eigentümer an der Verwirklichung des seinem Recht entsprechenden Zustands dadurch verhindert, daß sein Besitzmittler den Besitz verloren hat und nicht wieder übernehmen kann oder will, so entsteht ein Recht des Eigentümers zum unmittelbaren Besitz. Doch auch in diesem Fall wird keine Kollision der Besitzrechte eintreten können, da das Notbesitzrecht des Eigentümers nur für die Dauer des Zustands besteht, der zugleich den Besitzberechtigten und ihn selbst an der Ausübung ihrer — der Besitzmittlerschaft entsprechenden — Besitzrechte hindert.

§ 8.

β) Nunmehr soll für die dritte Gruppe von Fällen berechtigter Besitzmittler des Eigentümers untersucht werden, ob auch hier eine derartige Beschränkung des Eigentümer-

---

1) Ueber den Fall, in dem der Dritte nicht Besitzmittler des obligatorisch Besitzberechtigten ist, siehe unten S. 55 ff., besonders S. 59 ff.

besitzrechts angenommen werden darf: für die kraft Verwaltungsrechts an fremdem Vermögen Besitzberechtigten.

a_1) Obwohl das Verwaltungsrecht als gegenständliches Herrschaftsrecht das Vermögen als Ganzes ergreift [1]), besteht es doch nicht als dingliches Recht an den einzelnen zum Vermögen gehörigen Sachen [2]). Die Besitzrechtsstellung des Verwaltungsberechtigten ist daher von der Besitzrechtsstellung eines dinglich Berechtigten verschieden: bei Verletzung des Besitzrechts erwachsen den Verwaltungsberechtigten keine eigenen dinglichen Ansprüche; bei Angriffen auf ihr Besitzrecht durch fremde dingliche Ansprüche gewährt ihnen die Berufung auf ihr eigenes Besitzrecht nur Schutz, wenn sie dessen Wirksamkeit gegenüber dem Angreifer dartun, indem sie beweisen, daß der Herr des Vermögens dem Angreifer gegenüber zum Besitz der Sache berechtigt ist.

b_1) Eine besondere Gestaltung erfährt das Besitzrechtsverhältnis des Vermögensverwalters zum Vermögensherrn in zweierlei Hinsicht:

α_1) Da der Herr des einem fremden Verwaltungsrecht unterliegenden Vermögens regelmäßig nicht das Recht hat, über die dem verwalteten Vermögen zugehörigen Sachen zu verfügen, so ist für die Anwendung des § 986 II in der Regel aus diesem Grunde keine Gelegenheit: der verwaltungsberechtigte Besitzer ist einer Beeinträchtigung seiner Besitzrechtsstellung durch Veräußerung seitens des Eigentümers gar nicht ausgesetzt, bedarf daher gegen eine solche Beeinträchtigung keines besonderen Schutzes. Ist aber der Vermögensherr ausnahmsweise verfügungsberechtigt (z. B.

---

1) **Gierke** Bd. 2 § 104 Anm. 73 (S. 64), § 139 II 1 (S. 600); II 4 (S. 607).

2) M. **Wolff**, Familienrecht § 47 II (S. 180 f.) für das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes.

die Ehefrau nach § 1401), so wird die Sache durch die Veräußerung dem Vermögen und damit dem Verwaltungsrecht entzogen und das im Verwaltungsrecht enthaltene Recht zum Besitz der Sache zum Untergang gebracht. § 986 II ist daher aus diesem Grunde hier niemals anwendbar.

β_1) Da der Herr des einem fremden Verwaltungsrecht unterliegenden Vermögens regelmäßig nicht das Recht hat, die dem verwalteten Vermögen zugehörigen Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, so ist für die Anwendung des § 986 I 1 in der Regel keine Gelegenheit: der verwaltungsberechtigte Besitzer ist einem Angriff auf seine Besitzrechtsstellung durch den Herausgabeanspruch des Vermögensherrn gar nicht ausgesetzt, bedarf daher gegen einen solchen Angriff keines besonderen Schutzes.

Ist aber der Herr des Vermögens ausnahmsweise zur Geltendmachung seiner Ansprüche berechtigt (z. B. die Ehefrau nach § 1407 Nr. 2), so gilt die Bestimmung des § 986 I zweifellos auch hier: der Eigentümer dringt mit dem dinglichen Herausgabeanspruch gegen das Besitzrecht des Verwalters nicht durch; er kann auch vom Besitzmittler des zur Ueberlassung nicht befugten Verwalters grundsätzlich nicht Herausgabe der Sache an sich selbst verlangen. (Die Ausnahmevorschrift für den Fall, daß der Besitzberechtigte zur Uebernahme des Besitzes nicht bereit ist, wird selten Anwendung finden können, da es sich hier um Rechtsstellungen handelt, die zugleich Pflichtstellungen sind.) Die Zieländerung des Eigentümer-Herausgabeanspruchs wird jedenfalls auch hier — aus den oben ausgeführten Gründen — nicht nur für den Fall der unbefugten Besitzüberlassung, sondern bei jedem Besitzverlust des Besitzberechtigten anzunehmen sein.

Zu β) Die Annahme, das Besitzrecht des Eigentümers bestände trotz des Verwaltungs-Besitzrechts unbeschränkt fort, ist daher ebensowenig gerechtfertigt wie die Annahme des unbeschränkten Fortbestehens des Eigentümer-Besitzrechts trotz eines fremden dinglichen Rechts zum Besitz der Sache. Denn auch hier darf der Eigentümer sein Recht zum mittelbaren Besitz grundsätzlich weder dann ausüben, wenn der Besitzberechtigte im Besitz ist, noch auch dann, wenn er es nicht ist. Der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers im Fall des § 986 I 2 ist vielmehr durch Verletzung des Rechts zum mittelbaren Besitz (als Anspruch auf Herausgabe an den Besitzberechtigten) entstanden.

Nimmt man demnach auch dann, wenn das Recht zum Besitz einer Sache kraft Verwaltungsrechts an fremdem Vermögen besteht, für die Dauer des fremden Besitzrechts Beschränkung des Eigentümerbesitzrechts auf das Recht zum mittelbaren Besitz an, so entsteht auch hier niemals eine Kollision der Besitzrechte; denn die Verwaltungsberechtigten sind Besitzmittler der Herren der verwalteten Vermögen: der Ehemann ist Besitzmittler der Ehefrau oder der Gesamthand [1]), der Gewalthaber des Kindes, der Vormund des Mündels; der Testamentsvollstrecker ist Besitzmittler des wahren Erben und der Konkursverwalter des Gemeinschuldners. Dies letztere ist zwar bestritten, wird aber mit der jetzt herrschenden Lehre als richtig anzunehmen sein [2]).

Aus dem dargelegten Besitzrechtsverhältnis zwischen Ver-

---

1) M. Wolff, Familienrecht § 62 I (S. 233).

2) Vgl. Jäger zu KO. § 117 Anm. 6 (S. 117 ff.); denn auch, wenn man mit Kohler (Konkursrechtliche Studien § 3, ArchCivPrax. 81, 336 f.) den Konkursverwalter als Organ der Gläubigergemeinschaft auffaßt, kann er als Besitzmittler des Gemeinschuldners angesehen werden.

walter und Vermögensherr seien noch einzelne Folgerungen gezogen.

1) Ist der Verwalter berechtigt, die dem verwalteten Vermögen zugehörigen Ansprüche geltend zu machen, so kann er bei jedem Besitzverlust [1]) Herausgabe an sich selbst verlangen, da der Eigentümer-Herausgabeanspruch, den er geltend macht, auf Herausgabe an den Besitzberechtigten gerichtet ist. Der Ehemann kann also auch dann mit der Vindikation der Frau auf Herausgabe der Sache an sich klagen, wenn es sich nicht um verbrauchbare Sachen handelt [2]). Daß er zu dieser Verfügung über die Vindikation berechtigt ist, wird schon aus dem Grund anzunehmen sein, weil er auch im Falle verbotener Eigenmacht nach § 861 die Sache herausverlangen, somit über die Vindikation der Frau verfügen kann, gleichviel, ob es sich um verbrauchbare Sachen handelt oder nicht.

2) Der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf Herausgabe der Erbschaft ist nicht darum etwas anderes als die hereditatis petitio, weil er sich auch gegen den wahren Erben richten kann [3]); denn die hereditatis petitio des Erben, dem ein Testamentsvollstrecker gesetzt ist, richtet sich auf Herausgabe der Erbschaft an diesen zum unmittelbaren Besitz der Erbschaft Berechtigten, und der wahre Erbe ist hier insofern „Erbschaftsbesitzer“, als er auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Rechts zum Besitz der Erbschaft etwas besitzt.

1) Auch wenn er den Besitz noch nicht tatsächlich ergriffen hatte; denn sein Recht zum Besitz entsteht mit dem Verwaltungsrecht, nicht erst mit der Besitzerlangung. Auch hier gilt also (wie bei den dinglich Berechtigten) der Satz nicht: „der Zwischenmann muß Zwischenbesitzer sein“. (M. Wolff, Recht zum Besitz 168.)

2) Entgegen M. Wolff, Familienrecht § 51 II a. E. (S. 193).

3) Entgegen Kipp, Erbrecht § 121 I 3 (S. 377).

3) Dem Herausgabeanspruch des Konkursverwalters gegenüber stehen die dem Gemeinschuldner gegenüber zum Besitz Berechtigten nicht anders, als sie dem Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners gegenüberstanden [1]). Dies ergibt sich nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 986 II [2]); denn weder liegt eine Anspruchsabtretung nach § 931 noch überhaupt ein Wechsel in der Person des dinglich Berechtigten vor; sondern es ergibt sich aus dem unmittelbar anzuwendenden § 986 I 1: der Konkursverwalter macht Dritten gegenüber den dinglichen Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners geltend [3]), dessen Eigentum für die Dauer des fremden Besitzrechts kein gegenwärtiges Recht zum unmittelbaren Besitz enthält [4]).

§ 9.

2. Konnte für alle Fälle, in denen der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigte Besitzmittler des Eigentümers ist, eine Verträglichkeit der Ausübung des Eigentümer- und des Nichteigentümer-Besitzrechts nachge-

---

1) Dernburg, Sachenrecht § 91 Anm. 2 (S. 263). Anders jedoch die im einzelnen nicht übereinstimmende herrschende Lehre, die in § 21 I KO. eine Ausnahmevorschrift zugunsten des Mieters und Pächters sieht, z. B. v. Tuhr § 11 II 6c (S. 214); vgl. im übrigen Brodmann zu § 986 unter 1a β (S. 484).

2) Entgegen Jäger zu KO. § 21 Anm. 2.

3) Wenn man mit Kohler (a. a. O. § 6 S. 350 ff.) der Gläubigergemeinschaft die Prozeßstandschaft zuspricht, als deren Organ.

4) Ebenso — unter Beschränkung auf dingliche Rechte — Brodmann zu § 986 unter 1a (S. 484): „in der Konkursmasse liegt überhaupt nur das um das dingliche Recht geminderte Eigentum an der Sache". Im Ergebnis übereinstimmend — unter Beschränkung auf bewegliche Sachen — M. Wolff, Recht zum Besitz 159.

wiesen werden (durch die grundsätzliche Beschränkung des Eigentümerbesitzrechts für die Dauer des fremden Besitzrechts auf das Recht zum mittelbaren Besitz), so wird für die Fälle der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigten Nichtbesitzmittler davon auszugehen sein, daß die Ausübung ihres Besitzrechts mit der eines Eigentümer-Besitzrechts jedenfalls unverträglich wäre, und es wird zu untersuchen sein, ob das gleichzeitige Bestehen dieser Rechte wirklich angenommen werden muß.

a) Wird ein Recht zum Besitz kraft guten Glaubens vom Nichteigentümer erworben, so ist es, da dieser Rechtserwerb nur bei dinglichen Rechten möglich ist[1]), stets auch dem Eigentümer gegenüber wirksam (§ 892; § 932 mit § 1032 und § 1207). Der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers wird, wenn der Besitzberechtigte im Besitz ist, durch dieses Recht zum Besitz entkräftet. § 986 I 1. Wenn der Besitzberechtigte nicht im Besitz ist, so wird die Vindikation — nach der oben begründeten Auffassung des § 986 I 2 — grundsätzlich in einen Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Besitzberechtigten verwandelt.

Wenn die Annahme, daß der Eigentümer bei Bestehen des fremden dinglichen Rechts zum Besitz grundsätzlich kein

1) Eine Ausnahme dürfte zugunsten dessen zu machen sein, der ein obligatorisches Recht zum Besitz vom Erbscheinlegitimierten erwirbt; denn da der Herausgabeanspruch aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis nach § 2019 I dem Erben zusteht, wird der Besitzberechtigte auch dem Erbschaftsanspruch gegenüber in seinem Besitz zu schützen, das Recht zum Besitz als ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht anzusehen sein; die Vorschrift des § 2367 wird demnach auf diese Begründung eines dem Erben gegenüber wirksamen obligatorischen Rechts zum Besitz als auf eine Verfügung über das Recht zum Besitz anzuwenden sein.

Recht zum gegenwärtigen Besitz habe, haltbar sein soll, dann muß vorerst begründet werden, warum trotzdem der Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe bei dem Besitzverlust des Besitzberechtigten hat. Da jedes Recht an fremder Sache kraft zwingenden Rechts nur auf Zeit besteht, während das Eigentum grundsätzlich zeitlich unbegrenzt ist, so verbleibt im Eigentum die Anwartschaft auf Rückerwerb aller zeitweilig aus dem Eigentum auf einen Nichteigentümer übergegangenen dinglichen Rechte. Ist ein dingliches Recht zum Besitz entstanden, ohne daß der Eigentümer ein Recht zum gegenwärtigen mittelbaren Besitz behalten hat, so ist dem Eigentümer jedenfalls ein Recht zu künftigem Besitz verblieben. Dieses Recht wird in seiner Verwirklichung gefährdet dadurch, daß der Besitzberechtigte den Besitz verloren hat. Das Eigentum ist somit stets dann verletzt, wenn nicht der Besitzberechtigte im Besitz der Sache ist, und bringt darum bei jedem Besitzverlust des Besitzberechtigten den Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Besitzberechtigten hervor. Ist jedoch der dem Recht des Eigentümers zu künftigem Besitz entsprechende Zustand: der Besitz des Berechtigten darum nicht herstellbar, weil der Besitzberechtigte den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, so kann der Eigentümer Herausgabe der Sache an sich verlangen; für diesen Fall ist ihm ein Recht zum gegenwärtigen Besitz zu geben; arg. § 986 I 2.

Die Annahme, daß das Recht zum gegenwärtigen Besitz dem Eigentümer zeitweilig verloren geht, weil und solange ein kraft guten Glaubens erworbenes Fremd-Besitzrecht an der Sache besteht, entspricht der Regelung, die das Gesetz für den entsprechenden Fall des Eigentumserwerbs getroffen hat; denn dadurch, daß ein Gutgläubiger vom Nichteigentümer das Eigentum an einer Sache erwirbt, geht

dem Eigentümer sein Recht an der Sache ganz und für immer verloren. Hier wird es zeitweilig gemindert[1]).

b) Wird das Recht zum Besitz einer fremden Sache durch Ersitzung erworben, so ist es, da auch dieser Rechtserwerb nur bei dinglichen Rechten möglich ist, stets dem Eigentümer gegenüber wirksam. § 900 II, § 1033. Die Rechtslage ist in diesem Fall ganz die gleiche wie beim Erwerb des Rechts zum Besitz kraft guten Glaubens. Auch hier entspricht daher der Rechtslage die Annahme, daß das Recht des Eigentümers zum gegenwärtigen Besitz durch den Erwerb des fremden Besitzrechts verloren geht, und auch hier ist diese Annahme in Uebereinstimmung mit dem Gesetz, das durch die Eigentumsersitzung das Recht des Eigentümers ganz und für immer verloren gehen läßt.

§ 10.

c) Der einzige Fall, in dem ein Recht zum Besitz auf ein Schuldverhältnis begründet werden kann, ohne daß zwischen dem Besitzrechtsgläubiger und dem Besitzrechtsschuldner ein Besitzmittlungsverhältnis entsteht, ist die Begründung von Eigenbesitzrecht ohne Uebertragung von Eigentum. Ist ein Schuldverhältnis auf Eigenbesitzrechts-Begründung gerichtet, z. B. Kauf, so wird durch die Uebergabe bei beweglichen Sachen das Eigenbesitzrecht regelmäßig dadurch begründet, daß dem Besitzrechtsgläubiger das Eigentum an der Sache verschafft wird. Andernfalls, z. B. bei aufschiebend bedingter Uebereignung auf Grund eines Abzahlungskaufs, wird das Entstehen eines Besitzmittlungs-

---

1) Vgl. Gierke Bd. 2 § 134 Ie (S. 566 f.), der aber sogar beim Erwerbe eines begrenzten dinglichen Rechts kraft guten Glaubens endgültigen Rechtsverlust des geschädigten Berechtigten annimmt.

verhältnisses anzunehmen sein[1]), da der Eigentümer einen Herausgabeanspruch aus dem das Besitzrecht begründenden Schuldverhältnis — wenn auch einen auflösend bedingten — behält. Ist aber ein Grundstück Gegenstand des Kaufes, so wird durch die Uebergabe Eigenbesitzrecht begründet unabhängig davon, wann dem Käufer das Eigentum an dem Grundstück durch Einigung und Eintragung verschafft wird. Erfolgt die Grundstücksübergabe vor der Uebereignung, so ist damit der Besitzrechtsgläubiger berechtigter Eigenbesitzer geworden, ohne Eigentümer und ohne Besitzmittler des Eigentümers geworden zu sein. Dieses Besitzrechtsverhältnis zwischen dem berechtigten Eigenbesitzer und dem Eigentümer ist nicht anders geregelt als das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und einem berechtigten Fremdbesitzer: § 986 I gilt ohne Unterschied auch hier. Entspricht dieser Rechtslage in jenen Fällen die Annahme, daß das Eigentümer-Besitzrecht durch die Begründung des Fremd-Besitzrechts zeitweilig auf das Recht zum mittelbaren Besitz beschränkt wird, so kann daher für diesen Fall angenommen werden, daß die Begründung des Rechts zum Eigenbesitz einer fremden Sache das Eigentümer-Besitzrecht unbeschränkt und dauernd vom Besitzrechtsschuldner auf den Besitzrechtsgläubiger überträgt.

Allerdings bleibt der Eigentümer hier in der Lage, über dieses Recht mit Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten zu verfügen. Denn da das Recht zum Besitz auf Grund Schuldverhältnisses kein dingliches Recht ist und nicht im Grundbuch erscheinen kann, bedarf ein Dritter nicht einmal

[1]) So insbesondere Kipp zu Windscheid Bd. 1 §§ 148 bis 155 unter II 1 b (S. 796) und M. Wolff § 8 I 1 c (S. 24). Anders insbesondere Thiesing, ArchBürgR. 20, 243 ff., und Gierke II § 114 Anm. 39 (S. 219).

des guten Glaubens, um durch Einigung und Eintragung das Eigentum an dem Grundstück — ungemindert um das Recht zum Besitz — zu erwerben. Diese Möglichkeit, über das Besitzrecht zu verfügen, ist jedoch nicht etwa ein Beweis dafür, daß der Verkäufer-Eigentümer das Recht zum Besitz trotz Begründung des fremden Eigenbesitzrechts behalten haben müsse. Denn die Möglichkeit, über ein Recht zu verfügen, ohne es selbst zu haben, ist z. B. stets gegeben, wenn ein Rechtserwerb kraft guten Glaubens im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erfolgt. In diesem Fall ist zwar das Grundbuch nicht unrichtig; denn es stimmt mit dem dinglichen Rechtsstand überein; aber es entspricht trotzdem nicht vollkommen der wahren Rechtslage, da das um das Recht zum Besitz geminderte Eigentum im Grundbuch wie ein ungemindertes Eigentum erscheint[1]. Daher liegt hier — wie bei der Unrichtigkeit des Grundbuchs — ein Fall vor, in dem der Bucheintrag dem Eingetragenen die („formale") Verfügungsmacht über ein ihm nicht zustehendes Recht verleiht[2]. Ist aber diese formale Verfügungsmacht

---

1) Eine Parallele zu dieser ungewöhnlichen Erscheinung: ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, daß die Eigentümerin Ehefrau ist, so ist zwar das Grundbuch nicht unrichtig; denn es stimmt mit dem dinglichen Rechtsstand überein; aber es entspricht trotzdem nicht vollkommen der wahren Rechtslage, da das mit dem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns belastete Eigentum im Grundbuch wie ein unbelastetes Eigentum erscheint.

2) Hier versagt zwar die Parallele der vorigen Anmerkung, da es der Ehefrau keine Verfügungsmacht (selbst nicht zugunsten eines Gutgläubigen) verleiht, wenn der Mangel ihres Verfügungsrechts aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. Doch findet sich eine Parallele auch zu dieser ungewöhnlichen Erscheinung, daß die Verfügungsmacht des Scheinberechtigten selbst zugunsten unredlicher Erwerber wirkt: verfügt der Ehemann über verbrauchbare Sachen der Frau, ohne nach § 1377 I dazu berechtigt zu

des Eingetragenen dadurch zerstört, daß der Anspruch auf Uebereignung durch Vormerkung gesichert ist, so wird man sagen dürfen, daß dann der Eigentümer das Eigentum nur in seinem um das Recht zum Besitz geminderten Bestande übertragen kann. Der Vindikation des Erwerbers gegenüber kann sich demnach der vorgemerkte Käufer-Besitzer auf sein obligatorisches Recht zum Eigenbesitz berufen [1]. Das obligatorische Recht zum Besitz einer unbeweglichen Sache wird also dadurch, daß es mit Hilfe der Vormerkung des Uebereignungsanspruchs im Grundbuch ersichtlich wird, in der gleichen Weise dem Rechtsnachfolger des Eigentümers gegenüber wirksam, wie nach § 986 II das obligatorische Recht zum Besitz einer beweglichen Sache dadurch, daß es im Besitz des Berechtigten offensichtlich zum Ausdruck kommt [2].

Ebenso wie hier die Verfügung des Eigentümers über das Recht zum Besitz eine Verfügung über fremdes Recht enthält, stellt sich auch die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Eigentümer hier als Geltendmachung fremden Rechts zum Besitz dar. Der Eigentümer, der sein Recht zum Besitz ganz und für immer auf einen anderen übertragen hat, kann mit seinem Herausgabeanspruch nur die Herstellung des dem fremden Besitzrecht entsprechenden Zustands, daher grundsätzlich nur Herausgabe an den Besitzberechtigten verlangen. Für den Fall, daß der dritte Besitzer Besitzmittler des Eigenbesitzberechtigten ist, ohne jedoch dem

---

sein, so ist die Verfügung auch dann wirksam, wenn der Erwerber ihre Unrechtmäßigkeit kennt. (Das Wort „kann" des § 1376 I ist nur dann gleichbedeutend mit „darf", wenn ein „soll" im Sinne des § 1377 I vorliegt. Sonst bedeutet es Macht ohne Recht.)

1) M. Wolff, Recht zum Besitz 159.

2) Vgl. Kohler, Vertrag und Uebergabe, im ArchBürgR. 18, 94.

Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt zu sein, ergibt sich die Zieländerung der Vindikation unmittelbar aus der Vorschrift des § 986 I 2; hat sich z. B. der Grundstücksverkäufer ausbedungen, daß der Käufer bis zur Vollzahlung des Kaufpreises das Grundstück selbst im unmittelbaren Besitz behalten müsse, so kann er bei vertragswidriger Verpachtung z. B. grundsätzlich nur verlangen, daß das Grundstück dem Käufer eingeräumt werde. Daß diese Vorschrift des § 986 I 2 auch auf die Fälle des Besitzverlusts des Besitzberechtigten angewendet werden muß, wurde oben bei Fremdbesitzrecht des Berechtigten begründet; auch hier bei Eigenbesitzrecht des Berechtigten trifft die gleiche Begründung zu [1]).

Nach dem Wortlaut des § 986 I 1 würde der Schutz des Eigenbesitzberechtigten gegen die Vindikation stets versagen, wenn das das Besitzrecht begründende Schuldverhältnis nicht zwischen ihm und dem Eigentümer besteht. Entsprechend der Regelung des Gesetzes, das den Fremd-Besitzberechtigten gegen die Vindikation auch dann schützt, wenn das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis zwischen ihm und einem dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigten Dritten besteht, gewährt jedoch M. Wolff [2]) in entsprechender Anwendung des § 986 I 1 auch einem dem Eigentümer gegenüber nur mittelbar zum Eigenbesitz Berechtigten Schutz gegen die Vindikation. Der Käufer-Besitzer eines Grundstücks z. B. kann sich danach dem Eigentümer gegenüber auf sein Recht zum Besitz auch dann berufen, wenn er das Grundstück erst vom Käufer des Eigentümers erstanden hat.

Wenn Brodmann [3]) gegen diese Ausdehnung des

---

1) Vgl. oben S. 30 ff.

2) Recht zum Besitz 164 f.

3) Zu § 986 unter 1 b α und γ (S. 485 f.). Gegen M. Wolff wie Brodmann auch Josef, Rhein. Zeitschr. 7, 370.

§ 986 I 1 sagt: in der Bestimmung des § 986 I 1 „tritt eine lediglich an die Tatsache des Besitzmittlungsverhältnisses geknüpfte exceptio ex iure tertii in die Erscheinung" (S. 485), und darum „ist es offensichtlich unberechtigt, wenn M. Wolff die Einrede aus dem einem Dritten zustehenden Recht zum Besitz auch da gewähren will, wo dieser Dritte garnicht oder garnicht mehr besitzt" (S. 486) — so ist dagegen zu sagen: nicht an die Tatsache des Besitzmittlungsverhältnisses, sondern an das dem Eigentümer gegenüber wirksame Recht zum Besitz ist der Rechtsbehelf des § 986 I 1 geknüpft: denn er versagt trotz des bestehenden Besitzmittlungsverhältnisses nach § 986 I 2 dann, wenn das Recht zum Besitz des Beklagten dem Eigentümer gegenüber nicht wirksam ist. Ferner: § 986 I 1 enthält nicht die ausnahmsweise Gewährung einer exceptio ex iure tertii, so daß man aus diesem Grunde seine analoge Anwendung ablehnen müßte; sondern er enthält die Beantwortung der Frage, welche — nicht unmittelbar vom Eigentümer erworbenen — obligatorischen Besitzrechte dem Eigentümer gegenüber wirksam sind. Er bejaht die mittelbare Wirksamkeit gegenüber dem Eigentümer für alle Fälle, in denen das obligatorische Recht zum Fremdbesitz von einem dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigten erworben ist[1]). Eine Unterscheidung zwischen Eigenbesitzrecht und Fremdbesitzrecht macht er für die Fälle des dem Eigentümer gegenüber unmittelbar wirksamen Rechts zum Besitz nicht, und es erscheint daher als sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung, auch das obligatorische Eigenbesitzrecht als ein dem Eigentümer (und der Vindikation) gegenüber wirksames Recht zum Besitz zu behandeln, sofern es nur von einem

1) mit der Ausnahme des § 986 I 2.

dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigten erworben worden ist[1]).

Auch der weitere Einwand Brodmanns gegen M. Wolff, „in Fällen, wie diesen ... könnte der Rechtsstreit nicht zum Austrag kommen, ohne daß auch das ... vielleicht sehr verwickelte Rechtsverhältnis zu einem Dritten völlig klargestellt wird“ (S. 486) — hält nicht stand, da in allen Fällen der Anwendung des § 986 I 1 auf einen nur mittelbar dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten das Besitzrechtsverhältnis des Geschützten zum Dritten dargelegt werden muß. Inwiefern es aber schwieriger sein sollte, das Bestehen eines Kaufvertrages darzutun, als das eines besitzvermittelnden Schuldverhältnisses, z. B. eines Mietsvertrages, ist nicht wohl einzusehen.

Für die Auffassung aber, daß der Eigentümer durch die Begründung eines fremden Eigenbesitzrechts sein eigenes Besitzrecht auf den Besitzrechtsgläubiger überträgt, ergibt sich die Ausdehnung des § 986 I 1 auf den Fall des nur mittelbar vom Eigentümer hergeleiteten Rechts zum Eigenbesitz daraus, daß der dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Eigenbesitz Berechtigte (z. B. der Käufer-Besitzer eines Grundstücks) durch die Begründung eines weiteren Eigenbesitzrechts (z. B. durch Verkauf und Uebergabe des Grundstücks) sein (dem Eigentümer gegenüber wirksames) Recht zum Eigenbesitz auf seinen Besitzrechtsgläubiger (im Beispiel: den zweiten Käufer-Besitzer des Grundstücks) weiterüberträgt. Ist die sogenannte exceptio rei venditae et traditae des Vindikationsbeklagten nichts anderes als der Einwand, daß nicht der klagende Eigentümer, sondern der beklagte Besitzer das Recht zum Besitz der Sache habe, so ist

1) Auch die Ausnahme des § 986 I 2 ist entsprechend anwendbar.

sie ohne Unterschied auch dann zu gewähren, wenn das Recht zum Besitz nur mittelbar vom Eigentümer hergeleitet ist. Von dem Erfordernis des § 986 I 1, der beklagte Besitzer müsse Besitzmittler des besitzberechtigten Dritten sein, ist daher abzusehen: der Besitzrechtsmittler braucht nicht mittelbarer Besitzer zu sein[1]).

§ 11.

d) Ist der Finder einer Sache auf Grund seiner gesetzlichen Verwahrungspflicht (§ 966 I) im Besitz der Sache, so ist er weder Besitzmittler des Eigentümers[2]), noch im Sinne des § 986 I „dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt". Denn einerseits kann der Finder nicht auf Grund seiner Verwahrungspflicht der Vindikation gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern; andererseits kann der Eigentümer von einem Besitzmittler, dem der Finder die Sache unbefugtermaßen überlassen hat, Herausgabe an sich selbst verlangen. Dieses Rechtsverhältnis zwischen Finder und Eigentümer wird jedoch insofern umgestaltet, als der Finder nach § 972 ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Finderlohnes und der Verwendungsansprüche hat.

e) Auf Grund des Zurückbehaltungsrechts kann der Besitzer der Vindikation gegenüber die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. § 1000. Dieses Herausgabe-Verweigerungsrecht des Zurückhaltungsberechtigten ist von dem „Recht zum Besitz" im Sinne des § 986 I verschieden:

---

1) M. Wolff, Recht zum Besitz 165.

2) So insbesondere Gierke II § 114 Anm. 39 (S. 219) M. Wolff § 8 Anm. 4 (S. 23); Kipp zu Windscheid I §§ 148 bis 155 II 1b (S. 795). Anders insbesondere Dernburg III § 20 III c (S. 63).

der Einwand des Rechts zum Besitz hemmt die Verjährung des Herausgabeanspruchs (§ 202 I), die Einrede des Zurückbehaltungsrechts hemmt die Verjährung des Herausgabeanspruchs nicht. § 202 II. Der Einwand des Rechts zum Besitz führt im Prozeß zur Abweisung der Vindikation, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts hat der Klage des Eigentümers gegenüber nur die Wirkung, daß der Besitzer zur Herausgabe der Sache gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. § 274 I.

Wenn auch die Rechtsfolge, die § 1000 ausspricht, wörtlich übereinstimmt mit der Rechtsfolge des § 986 I 1: „der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern“, so ist doch die Rechtslage in beiden Fällen verschieden genug, um zu rechtfertigen, wenn man es ablehnt, das Herausgabeverweigerungsrecht des § 1000 ein „Recht zum Besitz“ im Sinn des § 986 I zu nennen [1]). Zudem würde aus der Subsumtion des Zurückbehaltungsrechts unter das Recht zum Besitz nicht etwa eine Anwendbarkeit des § 986 auf dieses Herausgabe-Verweigerungsrecht folgen; vielmehr würde die Vorschrift des § 1000 trotzdem nicht nur die ausreichende, sondern auch die ausschließende Gesetzesbestimmung über das Zurückbehaltungsrecht sein. Denn die Bestimmung des § 986 I 2 ist auf den Fall des Zurückbehaltungsrechts unanwendbar, müßte daher bei der Auffassung des Zurückbehaltungsrechts als eines „Rechts zum Besitz“ als durch die Sondervorschrift des § 1000 ausgeschlossen angesehen werden. Da aber auch die Bestimmung des § 986 II durch die Sondervorschrift des § 999 II ersetzt ist [2]), so führt die Subsumtion des Zurückbehaltungs-

1) Vgl. hierüber auch § 15 unter 3a S. 83 ff.

2) Sogar mehr als das, da § 999 II auch für Grundstücke gilt.

rechts unter das „Recht zum Besitz“ überhaupt nicht zu praktischen Folgen. Theoretisch aber ist sie unberechtigt, da sie über die Verschiedenheiten der beiden Fälle, des § 986 I und des § 1000, hinwegsieht, obwohl gerade darin die Verschiedenheit der Zwecke beider Rechte zum Ausdruck kommt: das „Herausgabeverweigerungsrecht“ des § 986 I bezweckt den Schutz des berechtigten Besitzers im Besitze gegen den vindizierenden Eigentümer: das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 bezweckt die Sicherung der Verwendungsansprüche auch desjenigen Besitzers, dessen Besitz gegenüber dem vindizierenden Eigentümer keinen Schutz verdient.

Für die Auffassung, daß jedem nach § 986 I dem Eigentümer gegenüber wirksamen Recht zum Besitz eine Minderung des Eigentums um das Recht zum ausschließlichen gegenwärtigen Besitz der Sache entspricht, ergibt sich die Sonderstellung des Zurückbehaltungsrechts daraus, daß der Eigentümer mit seinem sonst begründeten und fälligen Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich selbst gegen die Einrede des Zurückbehaltungsrechts durchdringt, trotz des Zurückbehaltungsrechts also das ungeminderte Recht zum Besitz der Sache haben kann. Wäre das Zurückbehaltungsrecht aber ein „Recht zum Besitz“, so müßte hier in der Tat eine Kollision der Besitzrechte des Eigentümers und des Nichteigentümers eintreten; statt dessen liegt hier, wie die Verurteilung des Zurückhaltungsberechtigten zur Herausgabe der Sache Zug um Zug mit der Befriedigung seiner Verwendungsansprüche beweist, nur eine Bedingung für die Ausübung des Eigentümerbesitzrechts im Prozesse vor. Hat aber der Eigentümer die Sache wiedererlangt, so kann der Zurückhaltungsberechtigte zwar seine Verwendungsansprüche nunmehr im Weg der Klage verfolgen (§ 1001), nicht aber Herausgabe der Sache vom Eigentümer verlangen,

obwohl das Zurückbehaltungsrecht nicht etwa durch den Besitzverlust als solchen erlischt; denn gegen jeden Dritten würde ein Zurückhaltungsberechtigter, dem die Sache z. B. abhanden gekommen ist, mit der Klage aus § 1007 durchdringen und dann sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Vindikation wieder geltend machen können [1]). Da also das dem Eigentümer gegenüber bestehende Zurückbehaltungsrecht des Besitzers nach § 1000 weder einen Herausgabeanspruch gegen den wieder in Besitz gelangten Eigentümer zu begründen, noch den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers zu entkräften vermag, so ist es kein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zum Besitz im Sinne des § 986 I [2]). Dementsprechend ist das Besitzrecht des Eigentümers durch das Herausgabe-Verweigerungsrecht des Zurückhaltungsberechtigten nicht gemindert.

f) Anders allerdings ist die Rechtslage, wenn der Besitzer ein Befriedigungsrecht nach § 1003 erlangt hat; dann würde er mit der Klage aus § 1007 II auch gegen den Eigentümer durchdringen müssen; den Einwand des Eigentümers aus § 1007 III, er sei als Eigentümer zum Besitz berechtigt, müßte er mit der Berufung auf sein Befriedigungsrecht schlagen können; der Vindikation gegenüber würde die Geltendmachung des Befriedigungsrechts nicht zur Verurteilung auf Herausgabe Zug um Zug mit der Erfüllung der Verwendungsansprüche führen dürfen, sondern zur Abweisung der Vindikation führen müssen. Nicht das Heraus-

---

1) Ein ähnliches Ergebnis bei M. Wolff § 86 V 3 b (S. 285) mit Hilfe einer Analogie aus § 940 II.

2) Aehnlich Siber, Rechtszwang 135, der den nur Zurückhaltungsberechtigten als unrechtmäßigen Besitzer im Sinne der §§ 987 ff. betrachtet. Wie hier — jedoch zweifelnd — **Oertmann**, IheringsJ. 61, 489.

gabeverweigerungsrecht des § 1000, wohl aber das Befriedigungsrecht des § 1003 ist demnach ein „Recht zum Besitz" im Sinne des § 986 I. Durch die Entstehung dieses Befriedigungsrechts verliert der Eigentümer sein Recht zum Besitz, wie er durch die Ausübung dieses Befriedigungsrechts sein Eigentum an der Sache verliert.

§ 12.

V. Die Frage des ersten Abschnittes, ob bei Bestehen eines fremden, dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz der Sache das unbeschränkte Fortbestehen des Eigentümerbesitzrechts anzunehmen ist, kann nunmehr nach der Untersuchung aller Fälle eines fremden Besitzrechts gegenüber dem Eigentümer dahin beantwortet werden: das Recht des Eigentümers zum Besitz der Sache ist entweder (s. 1) für die Dauer des fremden Besitzrechts grundsätzlich auf das Recht zum mittelbaren, durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz beschränkt, oder (s. 2 a und b) für die Dauer des fremden Besitzrechts grundsätzlich zu einem Recht auf den künftigen Besitz gemindert, oder (s. 2 c und f) es ist ganz und für immer aus dem Eigentum verloren. Eine Kollision der Besitzrechte findet niemals statt: im ersten Falle sind die gleichzeitig bestehenden Besitzrechte des Eigentümers und des Nichteigentümers durch das Besitzmittlungsverhältnis in der Ausübung miteinander verträglich; in den anderen Fällen bestehen die — miteinander unverträglichen — Besitzrechte beider nicht gleichzeitig nebeneinander. In keinem Falle stellt die Ausübung des Besitzrechts durch den Nichteigentümer eine Verletzung des Eigentums dar, und in keinem Fall ist die Verletzung des fremden Besitzrechts durch den Eigentümer Rechtsausübung. Rechtsordnung und

Rechtsbefugnis, objektives und subjektives Recht, die von der anderen Auffassung aus durch die Begriffe der rechtswidrigen Rechtsausübung und der rechtmäßigen Rechtsverletzung tiefgehend gespalten werden, stehen nach dieser Auffassung auch hier in der grundsätzlich notwendigen Uebereinstimmung ihrer Inhalte.

§ 986 I 1 gewährt seinem Wortlaut nach jedem dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten ein Einrederecht gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers, setzt diesen also in seinem Bestande voraus. Nachdem im ersten Abschnitt dargelegt ist, daß der Eigentümer dem Besitzberechtigten gegenüber niemals zum gegenwärtigen ausschließlichen Besitz der Sache berechtigt ist, ergibt sich nunmehr die Unhaltbarkeit dieser Einrede des Rechts zum Besitz: der Eigentümer hat kein seinen Herausgabeanspruch gegen den Besitzberechtigten begründendes Recht zum Besitz; der begründete Einwand des Rechts zum Besitz gegen einen dinglichen Herausgabeanspruch verneint den erhobenen Anspruch[1]).

1) So: Thon, Rechtsnorm 276 ff.; Fischer, Recht und Rechtsschutz 106; Friedenthal, Einwendung und Einrede 42 ff.; Hölder, ArchCiv.Prax. 93, 77 ff.; Rappaport 32 ff.; Siber, Rechtszwang 133 ff. (über Passivlegitimation S. 227 ff. des näheren unten S. 69 ff.) und Last, Von den Einwendungen gegen die rei vindicatio, GrünhutsZ. 36, 526 (vgl. § 7 S. 476 ff. und § 8 Anm. 216 S. 491). — Dagegen: Enneccerus § 207 Anm. 5 (S. 561); v. Tuhr § 17 V 1 Anm. 41 (S. 299); jetzt auch Kipp I § 47 unter 4 a. E. (S. 213) und M. Wolff § 84 IV Anm. 15 (S. 267); Hellwig, Anspruch 7 Anm. 24; Dernburg III § 118 unter 9 (S. 343); Endemann II § 93 I (S. 598 ff.); Zitelmann, ArchCivPrax. 99, 32 f.; Hirsch 211 f. — Gierke darf für die hier vertretene Auffassung angeführt werden; er formuliert (II § 129 I S. 509 f.): „der Eigentümer hat einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden Besitzer, der ihm den Besitz entzieht oder vorenthält, ohne ihm gegenüber zum Besitz berechtigt

Versteht man demnach trotz des entgegenstehenden Wortlauts die Bestimmung des § 986 I 1 dahin, daß der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache ausgeschlossen ist [1]), wenn der Besitzer dem Eigentümer gegenüber — unmittelbar oder mittelbar — zum Besitz berechtigt ist, so ist damit nicht nur die Gestaltung, die das Gesetz dem Besitzrechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nichteigentümer im § 986 I 2 gegeben hat, zur Durchführung gebracht und der Regelung entsprochen, die das Gesetz für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Störungsberechtigten im § 1004 II getroffen hat, sowie der Widerspruch zwischen den Bestimmungen des § 1007 II und des § 1007 III gelöst; sondern vor allem ist damit auch die Unbilligkeit, zu der die wortgetreue Anwendung des § 986 I 1 im Versäumnisverfahren führt, überwunden: geht aus dem Vortrag des vindizierenden Klägers das Recht zum Besitz des Beklagten hervor, so ist der Herausgabeanspruch als unbegründet abzuweisen, mag auch der Beklagte gar nicht vor Gericht erschienen sein.

Aus der Ablehnung des Einredebegriffs für den Einwand des Besitzrechts ergibt sich eine weitere Folge: nach

---

zu sein" — und sieht die Bedeutung der Fassung der §§ 985, 986 in der Regelung der Beweislast; er bemerkt dazu (Anm. 8): „BGB. § 985—986. Zur Klagbegründung gehört Behauptung und Beweis des Eigentums des Klägers und des Besitzes des Beklagten. Der Beklagte kann sich mit jedem dinglichen oder persönlichen Rechte, das ihn dem Kläger gegenüber zum Besitz befugt, verteidigen, hat aber dieses Recht zu beweisen."

1) Vgl. § 942 E I: „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer oder der Inhaber auf Grund eines Rechts an der Sache oder auf Grund einer ihm gegen den Eigentümer zustehenden Forderung berechtigt ist, die Sache zu behalten" — und dazu besonders Thon, JheringsJ. 28, 57 ff.

herrschender Lehre[1]) ist die Einrede verzichtbar mit der Wirkung, daß der gehemmte Anspruch vollwirksam wird; der Wegfall einer anspruchsverneinenden Einwendung dagegen kann nur einen neuen Anspruch begründen. Doch auch in diesem Punkt ergibt sich der hier vertretenen Auffassung keine Schwierigkeit; denn einerseits hat ein Verzicht auf die Besitzrechtseinwendung gegenüber der Vindikation keine andere Bedeutung als die eines — allenfalls durch die Erhebung der Herausgabeklage bedingten — Verzichts auf das Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer; andererseits macht es keinen Unterschied, ob man in diesem Fall von einer neuentstandenen oder von einer vollwirksam gewordenen Vindikation spricht: einer Form bedarf die Entstehung des dinglichen Herausgabeanspruchs keinesfalls, und die Verjährung des Anspruchs beginnt jedenfalls erst mit Wegfall der Besitzrechtseinwendung, da das Recht zum Besitz, auch wenn es nur eine aufschiebende Einrede begründen würde, nach § 202 I doch den Verjährungslauf der Vindikation hemmte.

§ 13.

VI. Zu einem mit dem Ergebnis dieser Arbeit teilweise übereinstimmenden Ergebnis gelangt auf anderem Wege Siber[2]). Er stellt den Satz auf: „Passivsubjekt des Vindikationsanspruches ist nur der Besitzer, der dem Eigentümer nicht oder doch nicht von vornherein persönlich rückgabepflichtig ist" (Passivlegitimation 252). Für diejenigen Be-

1) Vgl. Enneccerus I 1 § 207 III 1 (S. 563); v. Tuhr I 1 § 17 III 4 (S. 296).

2) Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 114 ff.; Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio 227 ff.; Planck II[4] Vorbemerkung I 2 b (S. 5 ff.).

sitzberechtigten, die dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtig sind, hält daher auch Siber die Berufung auf das Recht zum Besitz gegenüber der Vindikation nicht für Einrede, sondern für Anspruchsverneinung (Passivlegitimation 257)[1].

Siber stellt an die Spitze seiner Ausführungen den Grundsatz, ein Anspruch werde durch seine Subjekte, seinen Entstehungsgrund, seinen Leistungsgegenstand und die zulässigen Einwendungen individualisiert (Passivlegitimation 227); alsdann versucht er den Nachweis, daß Entstehungsgrund und Leistungsgegenstand bei der Vindikation und einer Rückforderung[2] stets identisch seien (S. 237 f.), daß der Unterschied der Einwendungen, der durch die Einrede des § 986 I 1 in die Ansprüche hineingetragen würde, unzweckmäßig und bekämpfenswert sei (S. 238 f.), und kommt zu dem Schluß: stehen Vindikation und Rückforderung von vornherein derselben Person zu, so könnten sie mangels jeden Individualisierungsmerkmals nicht miteinander konkurrieren. Die Vindikation als der allgemeine Anspruch des Eigentümers gegen jeden Besitzer sei durch die Rückforderung als den besonderen Anspruch des Eigentümers gegen diesen Besitzer ausgeschlossen: „der Rückgabeanspruch des Eigentümers aus besonderem obligatorischen Tatbestand ist im Sinne des Gesetzes ein Sonderfall seines Rückgabeanspruchs gegen jeden Besitzer; deshalb ist der Vindikationsanspruch durch den obligatorischen Anspruch ausgeschlossen, wenn beide demselben Berechtigten zustehen würden“ (Rechtszwang 130).

1) Ihm folgt Sohm, Institutionen (14. Aufl.) § 65 Anm. 8 (S. 413).

2) Der Ausdruck „Rückforderung“ wird in der Auseinandersetzung mit Siber als Ersatz für „persönlicher Herausgabeanspruch“ gebraucht.

Schon hier sei auf die wichtige Einschränkung hingewiesen, die Siber für die Geltung seines Satzes macht, indem er annimmt, daß die identischen Ansprüche, Vindikation und Rückforderung, dann in derselben Person nebeneinander bestehen könnten, wenn sie sich erst nachträglich in einer Person vereinigt haben (Passivlegitimation S. 244 f., 249 f., 255 f.)[1].

Siber sagt, es sei ein und derselbe Tatbestand, der den dinglichen und der den persönlichen Herausgabeanspruch des Eigentümers hervorbringt: „der anspruch-erzeugende Vorgang ist nicht für den einen der Vertrag, für den andern der Besitzerwerb, sondern für beide der Besitzerwerb auf Grund Vertrages mit dem Eigentümer" (Passivlegitimation 237; Rechtszwang 128). Wenn es auch zweifellos richtig ist, daß im gegebenen Fall, in dem der Eigentümer zugleich Besitzgläubiger ist, derselbe konkrete Vorgang beide Herausgabeansprüche zur Entstehung bringen kann, so ist es doch an diesem konkreten Vorgang jedesmal etwas Verschiedenes, das den einen und das den anderen Anspruch hervorruft. Entstehungsgrund aber des dinglichen wie des persönlichen Anspruchs ist nicht der konkrete Vorgang in seiner mannigfaltigen Wirklichkeit, sondern Entstehungsgrund für den Anspruch ist stets nur das an diesem Vorgang unter bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt Wesentliche. Für den Gesichtspunkt, ob ein dinglicher Anspruch entstanden ist, kommt nur in Frage, ob der Vorgang den Tatbestand verwirklicht, von dem das Gesetz seinen Herausgabe-Befehl an jeden Besitzer zugunsten des Eigentümers abhängig macht. Dieser Befehl

---

1) Darüber unten § 17 (S. 94 ff.); vgl. dazu Oertmann, JheringsJ. 61, 57; M. Wolff § 84 Anm. 3 (S. 264 f.); Brodmann vor §§ 985 ff. unter 3 (S. 474) und Siber in Planck II⁴ Vorbemerkung I 2 (S. 4).

des Gesetzes ist abhängig vom Eigentum des einen und vom (nach der hier vertretenen Auffassung: unberechtigten) Besitz des anderen. Die in Sibers Satz enthaltene Behauptung, der Befehl des Gesetzes: der Besitzer soll die Sache dem Eigentümer herausgeben, sei abhängig davon, daß der Besitzer dem Eigentümer nicht persönlich zur Rückgabe verpflichtet ist, findet jedoch im Gesetz keine Stütze.

Die Unterstützung seiner Auffassung aus dem Gesetz versucht Siber einerseits durch den Nachweis, daß die Bestimmungen der §§ 987 ff. ihrem Sinne nach auf den berechtigten Besitzer unanwendbar sind (Passivlegitimation 252 ff.; Rechtszwang 119 ff.), andererseits dadurch, daß er die Unbilligkeit ihrer Anwendung auf den persönlich rückgabepflichtigen Besitzer in manchen Fällen darlegt (Passivlegitimation 233 ff.; Rechtszwang 128 ff.). Beides: die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den besitzberechtigten (für die Dauer und im Rahmen seines Rechts zum Besitz) und auf den rückgabepflichtigen Besitzer ist zweifellos richtig; aber keins von beidem rechtfertigt den Ausschluß der Vindikation durch die Rückforderung, keins vermag die Unanwendbarkeit des § 985 auf den nicht mehr berechtigten, rückgabepflichtigen Besitzer zu beweisen.

a) Die §§ 987 ff. gehen ihrem Sinne nach davon aus, daß der Besitzer, auf dessen Handlungen sie als Haftungsmaßstab anzuwenden sind, in Wirklichkeit dem Eigentümer gegenüber gar nicht zum Besitz und zur Vornahme der Handlungen berechtigt ist (Passivlegitimation 252 ff.; Rechtszwang 119 ff.); denn sie teilen die Besitzer in redliche und unredliche Besitzer ein, d. h. nach § 990 I 2 und nach der herrschenden[1]),

1) Kipp zu Windscheid I § 193 unter 3 (S. 990); M. Wolff § 85 I 1 d (S. 272); Endemann II § 92 unter 3

allerdings von Siber nicht aufgenommenen[1]) Lehre: in Besitzer, die an ihr Recht zum Besitz gegenüber dem

(S. 596); **Biermann** zu § 990 unter 1 (S, 276); **Brodmann** zu § 990 unter 2 a β (S. 494).

1) Daß der gute Glaube des Besitzers nicht (mit Siber) auf das Eigentum des Besitzrechtsbestellers zu beziehen sein kann, ergibt sich aus der in § 986 I 1 anerkannten Möglichkeit, ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zum Besitz von jedem dem Eigentümer gegenüber zum Besitz und zur Ueberlassung des Besitzes Berechtigten zu erwerben. Auch wer seinen Besitzrechtsbesteller in gutem Glauben zwar nicht für den Eigentümer, wohl aber für einen dem Eigentümer gegenüber zum Besitz und zur Ueberlassung Berechtigten gehalten hat, z. B. den Vermieter für den Erbbauberechtigten, den Verpächter für den Nießbraucher, den Hinterleger für den Pfandgläubiger des Eigentümers, der muß im Sinne der §§ 987 ff. redlicher Besitzer sein, da er beim tatsächlichen Vorliegen der von ihm vermuteten Besitzrechtsstellung des Bestellers ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zum Besitz erworben haben würde. Da ferner das nach § 986 I 1 mittelbar dem Eigentümer gegenüber wirksame Besitzrecht ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zur Vornahme der im Rahmen des abgeleiteten Besitzrechts erlaubten Handlungen enthält, so wird man die Redlichkeit des Besitzers auch bezüglich solcher Handlungen, die zwar über den Rahmen dieses Rechts hinausgehen, zu deren Vornahme der Besitzer aber seinem Besitzrechtsbesteller gegenüber durch dessen Erlaubnis berechtigt ist, nicht danach beurteilen dürfen, ob der Besitzer seinen Besitzrechtsbesteller für den Eigentümer, sondern nur danach, ob er ihn für einen dem Eigentümer gegenüber zur Erteilung solcher Erlaubnisse Berechtigten halten durfte. Wenn er ihn dafür ohne grobe Fahrlässigkeit irrtümlich hielt, z. B. der Pächter seinen Verpächter für den Nießbraucher, während der Verpächter nur Mieter des Eigentümers war, so muß man den Besitzer bezüglich der Handlungen, zu denen er trotz seines dem Eigentümer gegenüber wirksamen Besitzrechts und trotz der Erlaubnis seines Besitzrechtsbestellers dem Eigentümer gegenüber nicht berechtigt war (im Beispiel: bezüglich der Fruchtziehung), als redlich im Sinne der §§ 987 ff. ansehen, da er bei Vorliegen der von ihm vermuteten Rechtslage ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zu den Einwirkungen auf die Sache erworben haben würde.

Eigentümer in gutem Glauben sind[1]) oder nicht, und sie lassen eine Haftung nur für schuldhafte Handlungen zu. Demnach sind allerdings die Vorschriften der §§ 987 ff. auf den dem Eigentümer gegenüber berechtigten Besitzer und seine dem Eigentümer gegenüber rechtmäßigen Handlungen ihrem Sinne nach unanwendbar. Aber berechtigt ist der Besitz und rechtmäßig sind die Handlungen des Besitzers doch nur innerhalb der seinem Recht zum Besitz nach Zeit und Art gezogenen Grenzen. Ist z. B. ein nicht persönlich rückgabepflichtiger Besitzer nach Erlöschen seines Rechts zum Besitz noch im Besitz der Sache, so ist er als Vindikationsbeklagter für die Zeit seines unrechtmäßigen Besitzes nach den §§ 987 ff. zu beurteilen; die Unterscheidung des redlichen vom unredlichen Besitzer ist hier im selben Sinne durchführbar wie bei dem von vornherein nicht berechtigten Besitzer[2]). Der nicht mehr berechtigte Besitzer kann in bezug auf sein Recht zum Besitz gutgläubig oder bösgläubig sein; ist er z. B. im schuldlosen Irrtum über die Dauer seines Besitzrechts, so ist er erst vom Eintritt der Rechtshängigkeit für verschuldeten Schaden verantwortlich; enthält er dagegen z. B. dem Eigentümer die Sache vor, obwohl er sich seines mangelnden Rechts bewußt ist, so ist er für die Zeit vom Erlöschen seines Rechts zum Besitz an zu Herausgabe und Ersatz der Nutzungen nach § 987 und zum

1) Genauer (worauf es hier nicht ankommt): Besitzer, die beim Besitzerwerb ohne grobe Fahrlässigkeit an ihr Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer glaubten und den Mangel ihres Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer nicht nachträglich erfahren haben.

2) Kipp (gegen Hellwig) I § 121 unter 1 (S. 610); Brodmann, a. a. O. (S. 475); Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht 166 ff., insbesondere gegen den Satz Lents (Gesetzeskonkurrenz 1, 291 ff.): „der Eigentümer, der zugleich Vertragsgläubiger ist, hat nicht den Ersatzanspruch aus §§ 989/992, weil der Schuldner nicht unrechtmäßiger Besitzer ist."

Ersatz für verschuldeten Schaden nach § 989 zu verurteilen gemäß § 990 I 2. Ebenso aber sind die Vorschriften der §§ 987 ff. auf den berechtigten Besitzer anwendbar für Handlungen, die über den Rahmen seines Rechts zum Besitz hinausgehen [1]). Ist z. B. ein nicht persönlich rückgabepflichtiger Besitzer im rechtmäßigen Pfandbesitz einer nicht von Natur fruchttragenden Sache, so würde er dem nach Erlöschen seines Besitzrechts vindizierenden Eigentümer die während der Dauer seines Rechts zum Besitz gezogenen Früchte nach § 988 herauszugeben haben, wenn er sich gutgläubig für den Nießbraucher hielt, dagegen nach § 990 I 2 für die gezogenen sowie die ordnungswidrig schuldhaft nicht gezogenen Früchte haften, wenn er sich seines mangelnden Fruchtbezugsrechts bewußt oder grob-fahrlässig nicht bewußt war. Für einen vor der Rechtshängigkeit der Sache absichtlich zugefügten Schaden würde der nicht persönlich rückgabepflichtige Besitzberechtigte nach § 989 der Vindikation gegenüber nicht verantwortlich sein, wenn er in schuldlosem Irrtum sich für den Eigentümer der Sache hielt. Daß die Anwendung der §§ 987 ff. auf den berechtigten Besitzer für die über den Rahmen seines Rechts zum Besitz hinausgehenden Handlungen nicht nur möglich, sondern notwendig ist, ergibt sich an dem eben gebildeten Fall auch aus § 993 I a. E. Käme der Ausschluß der Deliktshaftung nur dem redlichen (unberechtigten) Besitzer zugute, so müßte

---

1) M. Wolff § 85 I 1 d (S. 272); nur die Beispiele Sibers (Rechtszwang 120 f.) waren unzutreffend, da der persönlich rückgabepflichtige Besitzer auch für die Ueberschreitung seines Rechts zum Besitz nach Vertragsgrundsätzen haftet und darum die §§ 987 ff. auf ihn nicht anwendbar sind. So Prym (gegen Siber) S. 66 ff. und jetzt Siber (Passivlegitimation) S. 248 Anm. 1. Der von Siber (Rechtszwang 121) aufgestellte Satz ist jedoch richtig und war aufrechtzuerhalten.

der berechtigte Besitzer für die leicht-fahrlässige irrige Annahme eigenen Eigentums und somit für jede durch diesen Irrtum veranlaßte Zerstörung oder Beschädigung der Sache nach § 823 I haften (wenn er nur dem Eigentümer nicht persönlich zur Rückgabe verpflichtet ist). Dieses Ergebnis stände in offenbarem Widerspruch zum Sinn des Gesetzes, das in der Bestimmung des § 993 I die Haftung des im guten Glauben an sein Recht und im fehlerfreien Besitz befindlichen Besitzers für die Zeit vor der Rechtshängigkeit unter Ausschluß der weitergehenden Haftung nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen geregelt haben will.

Die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den berechtigten Besitzer beweist also, da sie sich nur auf den nach Zeit und Art rechtmäßigen Besitz bezieht, nichts für die Frage, ob der nicht mehr besitzberechtigte Besitzer der Vindikation unterliegt oder nicht.

§ 14.

b) Aber auch die von Siber überzeugend dargelegte Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den persönlich Rückgabepflichtigen nach Erlöschen und bei Ueberschreiten seines Rechts zum Besitz vermag den Ausschluß der Vindikation nicht zu beweisen.

Die Vindikation, der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers, entsteht bei Verletzung des Eigentums durch Vorenthaltung oder Entziehung des Besitzes und ist gerichtet auf die Herstellung des dem Eigentum entsprechenden tatsächlichen Zustands. Für die Frage, ob dieser Anspruch begründet ist oder nicht, kommt demnach nur in Betracht, ob ein dem dinglichen Recht des Eigentümers widersprechender Zustand besteht. Wenn auch nach der hier vertretenen Auffassung ein solcher, den dinglichen Herausgabeanspruch

begründender Zustand niemals besteht, wenn der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigte im Besitz der Sache ist, so ist doch stets (nach dieser Auffassung) durch das Erlöschen des Rechts zum Besitz im fortdauernden Besitz des nicht mehr Berechtigten ein solcher Zustand entstanden. Der Eigentümer kann von diesem unberechtigten Besitzer Herausgabe der Sache fordern, weil er als Eigentümer unter allen Umständen berechtigt ist, Herstellung des seinem dinglichen Recht entsprechenden tatsächlichen Zustands zu verlangen. Würde man mit Siber dem Eigentümer den dinglichen Herausgabeanspruch gegen seinen Besitzschuldner versagen, so müßte man anerkennen, daß das dingliche Recht durch die Begründung eines Schuldverhältnisses gegen seine Verletzung reaktionslos werden könne. Zwar ist das dingliche Recht nach der hier vertretenen Auffassung durch die Begründung eines fremden Rechts zum Besitz inhaltlich beschränkbar, so daß Handlungen, die ohne das Recht zum Besitz als Eigentumsverletzungen erscheinen würden, auf Grund dieses Rechts keine Verletzung des dinglichen Rechts mehr enthalten; damit ist aber keineswegs die Reaktionsunfähigkeit des dinglichen Rechts gegen Handlungen, die noch Verletzungen des Eigentums sind, behauptet. Zu dieser Behauptung führt jedoch die Auffassung von Siber. Denn der Umstand, daß ein nicht mehr berechtigter Besitzer dem Eigentümer auch persönlich zur Rückgabe verpflichtet ist, kann unmöglich ein Grund sein, in der Vorenthaltung des Besitzes durch diesen rechtlosen Besitzer etwas anderes als eine Eigentumsverletzung zu sehen. Nicht die Rückgabepflicht des Besitzers aus besonderem Grunde, sondern das Recht des Besitzers zum Besitz schließt die Verletzung des Eigentums durch den Besitz und somit den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer aus. Gegen den nicht

berechtigten Besitzer ist jedoch die Vindikation stets begründet, mag er auch dem Eigentümer persönlich zur Rückgabe verpflichtet sein.

Damit, daß die Anwendbarkeit des § 985 auf jeden — auch den dem Eigentümer von vornherein persönlich rückgabepflichtigen — Besitzer behauptet wird, soll jedoch durchaus nicht die Anwendbarkeit der §§ 987 ff. auf diese Besitzer behauptet sein.

Siber zeigt (Passivlegitimation 233 f.; Rechtszwang 128 ff.), daß eine Anwendung des Haftungsmaßstabs der Vindikation in den Fällen zu Unbilligkeiten führen müßte, in denen der mit dem persönlichen Anspruch belangte Beklagte einer milderen Beurteilung seiner Haftung (z. B. nach § 690) unterliegen würde, und daß die Anwendung der allgemeinen Verjährungsgrundsätze, die für die Vindikation gelten, unbillig wäre, wenn der mit dem persönlichen Anspruch auf dieselbe Leistung Verklagte sich (z. B. nach § 558 I) bereits auf die Verjährung des Anspruchs berufen dürfte; daß andererseits, wenn der Grundstücksmieter z. B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Verwendungen trotz § 556 II geltend machen könnte, weil der Vermieter seine Räumungsklage auf Eigentum gestützt hat, der Eigentümer durch die Anwendung der Vindikationsgrundsätze unbillig benachteiligt werden würde. Zur Vermeidung dieser Ergebnisse müsse daher der Vindikationsanspruch jedenfalls als Schadensersatzanspruch durch den persönlichen Anspruch des Eigentümers ausgeschlossen sein [1]).

Derartige Ausgleichungen zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Anspruch des Eigentümers erscheinen durchaus

---

1) So schon Hellwig, Lehrb. § 37 IV 3 b β (S. 264 ff.); § 31 A I 3 a β (S. 202 f.); ebenso v. Tuhr § 16 I 4 b (S. 277 f.)

gerechtfertigt und unbedingt notwendig; aber sie sind auch bei Anerkennung des Bestehens der Vindikation möglich [1]). Erhebt der Eigentümer, der zugleich Vertragsgläubiger ist, nach Ablauf des Vertragsverhältnisses den Schadensersatzanspruch auf Grund seines Eigentums, so muß es dem Beklagten verstattet sein, auch dem so begründeten Anspruch des Eigentümers gegenüber die besondere Rechtsstellung, die er als Vertragsgegner (Besitzschuldner) einnimmt, zur Geltung zu bringen. Damit bestreitet er zwar, daß die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, die §§ 987 ff., auf seinen Fall, der besonders geregelt ist, passen und für ihn gelten; aber er bestreitet damit nicht und kann nicht bestreiten, daß er als unberechtigter Besitzer dem Gläubiger als dem Eigentümer zum Schadensersatz verpflichtet ist. Die Sondervorschriften, die die Haftung des Besitzschuldners regeln und die Abweichendes über die Verjährung oder die Zulässigkeit von Einwendungen bestimmen, sind allerdings Ausschlußnormen gegenüber den allgemeinen Grundsätzen, die sonst für die Vindikation gelten.

1) Kipp zu Windscheid I § 121 unter 1 (S. 611); Brodmann vor §§ 985 ff. unter 3 (S. 474); Biermann zu § 985 unter 1 b (S. 268); vgl. auch die (allerdings nicht auf heutiges Recht bezüglichen) Ausführungen Lasts gegen Siber, GrünhutsZ. 36, 485 Anm. 200; ferner die Entscheidungen: RG. 62, 331; 66, 364 f. (die § 558 I auf die Vindikation anwenden); RG. JW. 1909 S. 133; OLG. (Kiel) 4, 27 f. (die § 273 I auf die Vindikation übertragen). — Eine „Uebertragung der Verjährung von einem Anspruch auf den anderen" kennt auch v. Tuhr § 16 Anm. 21 (S. 274), und Hellwig gibt sogar die Möglichkeit, daß Inhalt und Verjährbarkeit eines Anspruchs sich nach den für einen anderen Anspruch geltenden Vorschriften bestimmen können, in einem anderen Falle zu: für den Deliktsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer; allerdings nennt Hellwig das „Gesetzeskonkurrenz"; doch bleibt der Anspruch auch nach Hellwig trotz Anwendbarkeit der §§ 987 ff. ein „Anspruch aus unerlaubter Handlung".

Denn der Besitzer darf nicht hier diesem, dort jenem Haftungsmaßstab unterliegen, seine Einwendungen dürfen nicht hier zulässig, dort unzulässig, seine Leistungspflicht nicht hier verjährt, dort unverjährt sein je nach dem Anspruch, auf den der Eigentümer seine Klage stützt. Wohl aber kann der Besitzer zum Schadensersatz aus zwiefachem Grunde verpflichtet sein, einmal weil er Besitzschuldner des Eigentümers, und zweitens, weil und soweit er unrechtmäßiger Besitzer gegenüber dem Eigentümer ist. Die besondere Schadensersatzpflicht des Besitzers als Schuldners schließt die allgemeine Schadensersatzpflicht des unberechtigten Besitzers als solchen gegenüber dem Eigentümer nicht aus [1]), wenn sie auch den Inhalt dieser Leistungspflicht bis zur Uebereinstimmung beider Ansprüche beeinflußt.

Die beiden aufgestellten und als richtig anzuerkennenden Behauptungen Sibers, die §§ 987 ff. seien unanwendbar auf die berechtigten Besitzer einer- und die rückgabepflichtigen Besitzer andererseits, beweisen also nicht, daß der dingliche Anspruch des Eigentümers durch den persönlichen Anspruch ausgeschlossen sei, wenn man nur in der Bestimmung des § 986 I 1 nicht Einrede sieht, sondern Anspruchsverneinung; denn dann ist einerseits die Notwendigkeit einer sinnwidrigen Anwendung dieser Vorschriften auf den berechtigten Besitzer, die sonst im Versäumnisverfahren gegeben sein kann, ausgeschlossen, und dann ist andererseits die letzte unbillige Verschiedenheit in der Behandlung des mit dem dinglichen und des mit dem persönlichen Anspruch belangten Beklagten beseitigt. Diese Beseitigung der unzweckmäßigen Einrede des Rechts zum Besitz erreicht zwar auch Siber in den Fällen, in denen der

1) Entgegen Siber in Planck II [4] S. 8.

Besitzer dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtig ist; denn durch den Satz, daß in diesen Fällen ein dinglicher Herausgabeanspruch nicht entstände, wird die Vorschrift des § 986 I 1 zu einer hier nicht anwendbaren Gesetzesbestimmung. Aber mit Hilfe dieses Satzes kommt Siber zu einem über das wünschenswerte Ziel weit hinausliegenden Ergebnis; während nämlich die Umdeutung der Einrede des § 986 I 1 in eine anspruchsausschließende Bestimmung nur den berechtigten Besitzer besser gegen die Vindikation schützt, käme die anspruchsverneinende Einwendung, daß dem Vindikanten gegen den Beklagten ein persönlicher Rückgabeanspruch zustehe, auch dem nicht mehr besitzberechtigten Besitzer zugute. Statt dessen hat in diesen Fällen nach dem Sinne des Gesetzes der Eigentümer, der auch persönlich rückforderungsberechtigt ist, für seinen Anspruch auf die Sache zwei miteinander wohlverträgliche Gründe [1]: er fordert die Sache erstens, weil er Eigentümer und der Besitzer ihm gegenüber nicht (mehr) zum Besitz berechtigt, und zweitens, weil er Gläubiger und der Besitzer ihm aus vertraglichem oder gesetzlichem Schuldverhältnis zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist. Wer aber an dem Entstehungsgrund als einem Individualisierungsmerkmal festhält [wie auch Siber [2]], der wird dem Eigentümer darum zwei Herausgabeansprüche zusprechen [3]) und auch die

1) Vgl. hierzu Kipp, Ueber Doppelwirkungen im Recht, besonders S. 220: „Von unserm Standpunkt aus“ („alles Recht ist imperativer Natur“) „ist gegen doppelte Begründung derselben Rechtsfolge deshalb nichts einzuwenden, weil es gar keine Bedenken hat, daß zwei Gründe desselben Rechtsgebotes miteinander konkurrieren.“

2) Vgl. noch besonders die Anmerkung 3 auf S. 114 im „Rechtszwang“.

3) Grundsätzlich ebenso Hellwig: „Verschieden ist der Entstehungsgrund auch schon dann, wenn zwar der äußere Hergang

prozeßrechtlichen Folgerungen[1]), insbesondere für Klagänderung und Rechtskraft, daraus ziehen müssen.

§ 15.

3. Mit dem Ergebnis Sibers stimmt das Ergebnis der hier vertretenen Auffassung zwar insofern überein, als das Entstehen eines mit der Rückforderung konkurrierenden dinglichen Anspruchs gegen den persönlich rückgabepflichtigen Besitzer, solange und insoweit er dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, auch hier bestritten worden ist. Eine wesentliche Verschiedenheit der Ergebnisse hat sich jedoch bereits insofern ergeben, als hier das Entstehen des dinglichen Anspruchs auch gegen den persönlich rückgabepflichtigen Besitzer nach Erlöschen und bei Ueberschreiten seines Rechts zum Besitz behauptet werden mußte. Eine zweite wesentliche Verschiedenheit der Ergebnisse zeigt sich nunmehr insofern, als Siber für alle Fälle, in denen der berechtigte Besitzer dem Eigentümer nicht von vornherein persönlich zur Rückgabe verpflichtet ist, die Vorschrift des § 986 I 1 in wortgetreuer Anwendung aufrechtzuerhalten und für die meisten Fälle als legislatorisch gerechtfertigt zu erweisen sucht (Passivlegitimation 238 ff.). Inwieweit sich eine derartige verschiedene Behandlung der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigten Besitzer, je nachdem sie dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabe-

derselbe ist, dieser sich aber als die Verletzung verschiedener Rechte darstellt" (Lehrb. § 37 IV 3 b S. 263). Dagegen wiederum Siber in Planck II⁴ Vorbem. I 2 b (S. 5 f.), der ein und denselben tatsächlichen Vorgang, der durch mehrere Gesetzesvorschriften gedeckt wird, nur dann zur Begründung mehrerer Ansprüche für ausreichend hält, wenn die Rechtsfolgen Individualisierungsmerkmale aufweisen.

1) Vgl. Oertmann, a. a. O. 54 ff.

pflichtig sind oder nicht, rechtfertigen läßt, soll darum nunmehr durch die Untersuchung der einzelnen Fälle, die nach Siber die Anwendungsfälle des § 986 I 1 bilden, festgestellt werden.

a) Der erste (nach seiner früheren Auffassung: einzige) Anwendungsfall der Einrede des § 986 I 1 ist nach Siber das Zurückbehaltungsrecht (Passivlegitimation 239; Rechtszwang 119). Allerdings erscheint es durchaus angemessen, daß das Zurückbehaltungsrecht als Einrede gegen die Vindikation gestaltet ist, und eine Verneinung des Anspruchs durch den begründeten Einwand des Zurückbehaltungsrechts wird auch von der hier vertretenen Auffassung des § 986 I 1 aus keineswegs behauptet. Vielmehr stellt das Zurückbehaltungsrecht gar keinen Anwendungsfall des § 986 I 1 dar, da es [wie oben[1]) begründet] kein „Recht zum Besitz" im Sinne des § 986 I 1 enthält. Von dieser Auffassung geht offenbar auch Siber aus, da er den nur Zurückhaltungsberechtigten als unrechtmäßigen Besitzer gegenüber der Vindikation behandelt (Rechtszwang 119), weil die Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf den berechtigten Besitzer und seine rechtmäßigen Handlungen bei dem nur Zurückhaltungsberechtigten nicht zutrifft; denn dadurch, daß der Besitzer Verwendungen auf die Sache macht, ändert sich seine Haftung gegenüber der Vindikation nicht. Trotzdem glaubt Siber, das Zurückbehaltungsrecht unter § 986 subsumieren zu müssen, weil die selbständige Begründung der Zurückhaltungseinrede aus § 1000 nicht alle Fälle des Zurückbehaltungsrechts betrifft (Rechtszwang 135 Anm. 2). Es gibt nämlich Fälle, in denen auch der Vindikation gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht auf andere Weise als

1) S. 62 ff.

durch Verwendungen auf die Sache begründet werden kann, z. B. durch einen von der Sache dem Besitzer verursachten Schaden oder durch die Zahlung des Kaufpreises für ein auf Grund nichtigen Vertrages übergebenes Grundstück. Da aber in solchen Fällen entweder eine unmittelbare Anwendung des § 273 II oder eine übertragene Anwendung des § 273 I auf den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers [1]) gegeben ist, so bedarf es auch in den nicht von der Vorschrift des § 1000 getroffenen Fällen nicht der Anwendung des § 986 I 1. Da ferner die Subsumtion des Zurückbehaltungsrechts unter § 986 dazu führen würde, daß man dasselbe Recht im Sinn des § 986 I 1 als Recht zum Besitz auffaßt, dessen Auffassung als Recht zum Besitz man im Sinne der §§ 987 ff. ablehnen muß, so wird die oben begründete Ablehnung der Subsumtion des Zurückbehaltungsrechts unter § 986 [2]) von neuem gerechtfertigt erscheinen. Das Zurückbehaltungsrecht gibt also ein Einrederecht gegen die Vindikation, aber es beruht nicht auf § 986, sondern auf § 1000 oder auf § 273 I, II.

b) Eine zweite Gruppe von Anwendungsfällen des § 986 I 1 ergibt sich nach Siber dann, wenn ein dem Eigentümer gegenüber unmittelbar wirksames Recht zum Besitz durch Bestellung seitens des Eigentümers erworben wird, ohne daß der bestellende Eigentümer einen persönlichen Herausgabeanspruch gegen den Besitzer erlangt. Möglich ist dies nach Siber beim Erbbau- und beim dinglichen Wohnrecht, dagegen nicht beim Nießbrauch und Pfandrecht, da im einen Fall der Eigentümer als solcher den besonderen Rückgabeanspruch des § 1055, im anderen Fall der Eigentümer als Besteller den besonderen Rückgabeanspruch des

1) RG. JW. 1909 S. 233; OLG. (Kiel) 4, 27 f.
2) Vgl. Oertmann S. 48 f.

§ 1223 hat. Während also nach Siber der Nießbraucher und Faustpfand-Gläubiger gegen die Vindikation des Eigentümer-Bestellers stets die anspruchsverneinende Einwendung des persönlichen Rückgabeanspruchs haben, sind der Erbbau- und der dinglich Wohnberechtigte der Vindikation des Eigentümer-Bestellers gegenüber auf die Einrede des Rechts zum Besitz angewiesen, wenn nicht ein besonderer Herausgabeanspruch durch Vertrag begründet ist. Daß diese Verschiedenheit in der Behandlung der dem Eigentümer gegenüber in gleicher Weise zum Besitz Berechtigten, die ihr Recht zum Besitz vom Eigentümer erwarben, nicht gerechtfertigt ist, gibt Siber selbst zu (Passivlegitimation 246). Daß sie aber auch dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht, ergibt sich aus § 986 I 1, der — mag er Einrede sein oder Anspruchsverneinung — alle dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten in gleicher Weise gegen die Vindikation schützt.

Aus Sibers Auffassung ergibt sich ferner auch für die Behandlung von Nießbraucher und Pfandgläubiger dann eine Verschiedenheit, wenn das Recht zum Besitz des einen wie des anderen kraft guten Glaubens vom Nichtberechtigten erworben ist[1]). Dann nämlich hat der Nießbraucher dem vindizierenden Eigentümer gegenüber eine anspruchsverneinende Einwendung, da seine Pflicht zur Herausgabe an den Eigentümer im § 1055 besonders begründet ist, der Pfandgläubiger ist dagegen dem nur nach § 985 begründeten Anspruch des Eigentümers gegenüber auf die Einrede des Rechts zum Besitz angewiesen. Wenn auch Siber zeigt, daß sich hier die Einrede des Rechts zum Besitz würde legislatorisch rechtfertigen lassen, weil das nur

1) Aus Sibers dritter Gruppe von Anwendungsfällen des § 986 I (Passivlegitimation 243 f.).

auf Grund der Verkehrsschutzvorschriften kraft guten Glaubens erworbene Recht durchaus nicht immer als ein „gutes" Recht angesehen werde, so würde diese Rechtfertigung doch in gleicher Weise auf den Nießbrauch, der vom Nichtberechtigten erworben ist, zutreffen und nur eine verschiedene Behandlung der kraft guten Glaubens dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten von denen, die ihr Recht zum Besitz durch Bestellung seitens des Berechtigten erworben haben, begründen können. Für Siber aber ergibt sich sowohl eine verschiedene Behandlung derjenigen Besitzberechtigten, die vom Eigentümer erwarben, untereinander (Erbbau- und Wohnberechtigter auf der einen, Nießbraucher und Pfandgläubiger auf der anderen Seite), wie auch eine verschiedene Behandlung der Besitzberechtigten untereinander, die vom Nichteigentümer kraft guten Glaubens erwarben (Erbbau-, Wohnberechtigter und Pfandgläubiger auf der einen, Nießbraucher auf der anderen Seite). (S. 243 f.)

Aus der Auffassung Sibers kann sich aber sogar dann, wenn Nießbraucher und Pfandgläubiger ihr Recht zum Besitz vom Eigentümer erworben haben, eine Verschiedenheit ihrer Besitzrechtsstellung gegenüber dem Eigentümer daraus ergeben, daß der Einzelnachfolger des Pfandrechtsbestellers das Eigentum ohne den persönlichen Herausgabeanspruch des Bestellers als solchen (§ 1223 I) erwerben kann (§ 930). Ebenso kann nach Siber die Besitzrechtsstellung eines dem Eigentümer durch Vertrag von vornherein zur Rückgabe persönlich verpflichteten Erbbau- oder Wohnberechtigten dadurch verschlechtert werden, daß der Besteller das Eigentum überträgt, ohne die Rückforderung abzutreten; dann hätte der nach Siber bisher durch die anspruchsverneinende Einwendung der persönlichen Herausgabepflicht geschützte Besitzer fortan nur die nach § 986 I 1

begründete Einrede des Rechts zum Besitz gegen den nur aus § 985 begründeten Herausgabeanspruch des neuen Eigentümers, während für den Nießbraucher eine derartige Verschlechterung seiner Rechtsstellung durch § 1055 ausgeschlossen wäre (S. 240).

Mag § 1055 einen persönlichen Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher begründen, oder mag § 1055 den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers wiederholen [1]) (ohne daß er dann nur eine „überflüssige Wiederholung des Selbstverständlichen" enthielte [Siber S. 240], da er die Vorschriften der §§ 591—593 auf die Vindikation für anwendbar erklärt) — in keinem Fall rechtfertigt die Vorschrift des § 1055 die Sonderstellung des Nießbrauchers in seinem Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer, die sich nach Siber daraus ergibt. Es muß vielmehr unbedingt eine gleiche Behandlung aller dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigten dem im § 986 zum Ausdruck gekommenen Sinn des Gesetzes gemäß gefordert werden.

Sieht man aber in § 986 I 1 nicht Einrede, sondern Anspruchsverneinung, so ist das Ergebnis das gleiche, wenn man mit Siber den § 986 I 1 als eine auf die dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtigen Besitzer gar nicht anzuwendende Gesetzesbestimmung ansieht, wie wenn man die Vorschrift des § 986 I 1 auch auf diese Besitzer zur Anwendung bringt. Bei entsprechender Umdeutung des § 986 I 1 wird daher auch vom Standpunkt Sibers aus nichts gegen die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung auf die dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtigen Besitzer einzuwenden sein, und die

1) M. Wolff § 117 I 6 (S. 390).

unzweckmäßige Gestaltung des Rechts zum Besitz als Einrede gegen die Vindikation, die Siber nur für eine und zwar nicht einheitliche Gruppe der Besitzberechtigten beseitigt hat, ist dann für alle dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigten in gleicher Weise überwunden. Nicht nur der Erbbau- und der Wohnberechtigte also und der Pfandgläubiger, der vom Nichtberechtigten erwarb, sondern gleicherweise der Nießbraucher und der durch Bestellung seitens des Eigentümers Pfandberechtigte sind der Vindikation gegenüber durch § 986 I geschützt, dessen wortgetreue Anwendung aber in jenen Fällen nicht weniger unbillig wäre als in den anderen Fällen, in denen der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigte dem Eigentümer persönlich zur Rückgabe verpflichtet ist.

§ 16.

Die dritte Gruppe der nach Siber unter § 986 I 1 gehörigen Fälle ist mit den hier vorweggenommenen [1]) Fällen des vom Nichteigentümer kraft guten Glaubens erworbenen dinglichen Rechts zum Besitz nicht erschöpft. Siber stellt hierher noch einen Fall, in dem ein dem Eigentümer gegenüber wirksames obligatorisches Recht zum Besitz vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens erworben sein könnte; außerdem aber auch einen Fall, in dem ein dem Eigentümer gegenüber wirksames obligatorisches Recht zum Besitz nicht vom Eigentümer, doch von einem dem Eigentümer gegenüber zum Besitz und zur Ueberlassung des Besitzes Berechtigten erworben ist (Passivlegitimation 241 ff.).

c) Daß ein dem Eigentümer gegenüber wirksames obligatorisches Recht zum Besitz kraft guten Glaubens an die

1) Siehe oben S. 85 ff.

Richtigkeit des Grundbuchs nach § 893 erworben werden könne, ist von der herrschenden Lehre bestritten[1]), weil die Uebergabe des (beispielsweise) vermieteten Grundstücks nicht als Verfügung angesehen wird. Obwohl von der hier vertretenen Auffassung des Besitzrechts aus allerdings die Begründung eines jeden dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz eine Verfügung über das im Eigentum enthaltene Recht zum Besitz darstellt, so müßte doch die Wirksamkeit eines vom eingetragenen Nichteigentümer erworbenen obligatorischen Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer erst erwiesen sein, damit man alsdann die Bestimmung des § 893 auf diesen Vorgang anwenden könnte[2]). Für diesen Nachweis bietet jedoch das Gesetz keinen Anhalt;

1) Gierke II § 119 Anm. 119 (S. 330); M. Wolff § 45 Anm. 8 (S. 123); Endemann II § 62 Anm. 33 (S. 377); Biermann zu § 893 unter 6 b γ (S. 118); Brodmann zu § 893 unter 1 b (S. 230). Anderer Meinung Hellwig, Rechtskraft § 60 A IV 3 (S. 428 f.); Cosack II § 238 III 1 b (S. 291); Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Recht 20 ff.

2) Wenn Mitteis (S. 39 ff.) die Uebergabe des vermieteten Grundstücks als Verfügung im Sinne des § 893 auffaßt, weil sie im Sinne des § 883 II 1 als Verfügung aufzufassen ist, so ist dagegen zu sagen, daß die Anwendung des § 883 II 1 auf diesen Vorgang die Begründung eines dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz voraussetzt, während hier das vom Buch-Eigentümer begründete Besitzrecht erst durch die Anwendung des § 893 auf diesen Vorgang dem Eigentümer gegenüber wirksam werden würde. Es sind also verschiedene Vorgänge, die man hier (§ 893) nicht als Verfügung, und die man dort (§ 883 II 1) als Verfügung kennzeichnet. Mit der hier vertretenen Auffassung ist diese Unterscheidung wohl vereinbar, jedoch nicht mit der der herrschenden Lehre, die daher darauf angewiesen ist, entweder den § 883 II 1 ausnahmsweise auf diesen Vorgang entsprechend anzuwenden (so M. Wolff § 48 Anm. 23 S. 138) oder die Anwendbarkeit des § 883 II 1 auf diesen Vorgang überhaupt zu bestreiten. (So Biermann zu § 883 unter 5 a γ [S. 91]; Brodmann zu § 883 unter 3 a α [S. 184].)

vielmehr führt sowohl die Vergleichung mit dem dinglichen Recht zum Besitz von Grundstücken wie die Vergleichung mit dem obligatorischen Recht zum Besitz von beweglichen Sachen zur Verneinung der Wirksamkeit des vom eingetragenen Nichtberechtigten erworbenen obligatorischen Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer. Denn einerseits ist das obligatorische Recht zum Besitz kein eintragbares Recht, und daher ist für seine Begründung das Grundbuch ohne Bedeutung, während es für die Begründung des eintragspflichtigen dinglichen Rechts zum Besitz unentbehrlich und und von Wichtigkeit für den Erwerber ist; andererseits ist das obligatorische Recht zum Besitz einer beweglichen Sache, das ebenfalls durch Uebergabe auf Grund Besitzrechtsvertrages begründet wird, zweifellos nicht dem Eigentümer gegenüber wirksam, wenn es von einem dem Eigentümer gegenüber dazu nicht Berechtigten, obschon durch den Besitz der Sache berechtigt Erscheinenden erworben worden ist. Die Wirksamkeit eines obligatorischen Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer, das im guten Glauben vom eingetragenen Nichteigentümer erworben ist, — die auch von Siber nur als Möglichkeit erwogen wird —, ist daher mit der herrschenden Lehre zu verneinen, und dieser Anwendungsfall des § 986 I 1, für den Siber die Einrede des Rechts zum Besitz aufrechterhalten würde, fällt somit fort.

d) Der letzte Fall der dritten Gruppe, auf die nach Siber § 986 I 1 als Einrede anzuwenden ist, ergibt sich für die Auffassung Sibers daraus, daß das Gesetz nur dem Vermieter, Verpächter, Verleiher besondere Rückgabeansprüche gegen den Unterbesitzmittler (z. B. Untermieter) gewährt, und zwar nur gegen einen Unterbesitzmittler, dem der Besitzrechtsmittler (im Beispiel: der Untervermieter) „den Gebrauch der Sache überlassen hat“. § 556 II, § 581 II,

§ 604 IV. Ist also der Unterbesitzmittler oder der Besitzrechtsmittler z. B. Verwahrer der Sache, so ist der unmittelbare Besitzer nach Siber der Vindikation des Oberbesitzers gegenüber auf die Einrede des Rechts zum Besitz angewiesen, während der dem Oberbesitzer nach § 556 III, § 581 II oder § 604 IV rückgabepflichtige Besitzer der Vindikation gegenüber nach Siber eine anspruchsverneinende Einwendung hat (Passivlegitimation 242/3). Siber selbst macht nicht den Versuch, dieses Ergebnis zu rechtfertigen (S. 246); doch scheint er anzunehmen, daß diese unbillige Behandlung des Besitzberechtigten auf wenige Fälle (er nennt den Verwahrer und den Beauftragten) beschränkt sei. Dies ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr müßte Siber auf alle dem Eigentümer gegenüber mittelbar zum Besitz Berechtigten, die ihr Recht zum Besitz von einem dinglichen Berechtigten herleiten, die Einrede des § 986 I 1 folgerichtig anwenden. Denn auch der Mieter des Erbbauberechtigten, der Pächter des Nießbrauchers, der Entleiher des Pfandgläubigers sind dem Eigentümer gegenüber nicht persönlich rückgabepflichtig und unterliegen nach Erlöschen ihres Besitzrechts zweifellos (auch nach Siber) der Vindikation. Daraus folgt für Sibers Auffassung aber, daß sie bei Bestehen ihres Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer der Vindikation ausgesetzt und nur durch die Einrede des Rechts zum Besitz dagegen geschützt sind. Dieses Ergebnis: daß der Mieter des Mieters in seiner Besitzrechtsstellung gegenüber dem Eigentümer anders (und noch dazu: fester) stände als der Mieter des Nießbrauchers (und so weiter), ist keinesfalls haltbar gegenüber der Bestimmung des § 986 I 1, mag man darin eine Einrede des Rechts zum Besitz sehen oder nicht. Denn welchen Schutz gegen die Vindikation § 986 I 1 dem Besitzberechtigten auch ge-

währen mag, jedenfalls gewährt er den gleichen Schutz allen dem Eigentümer gegenüber mittelbar zum Besitz berechtigten Besitzern. Sieht man aber im § 986 I 1 eine die Vindikation gegen den (dem Eigentümer gegenüber) Besitzberechtigten ausschließende Gesetzesvorschrift, so wäre diese nicht zu rechtfertigende Verschiedenheit in der Behandlung der Besitzberechtigten beseitigt, auch wenn man mit Siber die Anwendung des § 986 I 1 auf die dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtigen Besitzer für ausgeschlossen hält. Dann hätte der Mieter des Mieters z. B. der Vindikation des Oberbesitzers gegenüber die anspruchsverneinende Einwendung der besonderen Rückgabepflicht, der Mieter des Nießbrauchers die anspruchsverneinende Einwendung des Rechts zum Besitze.

Damit ist aber zugleich erwiesen, daß die Frage nach der Art des Besitzrechtsschutzes gegenüber der Vindikation nichts zu tun hat mit der Frage nach der Konkurrenz des dinglichen mit einem persönlichen Herausgabeanspruch, da sich hier bei Verschiedenheit der Anspruchssubjekte die Verneinung der Vindikation gegen den Besitzberechtigten mit derselben Notwendigkeit ergibt, wie nach Siber gegen den dem Eigentümer von vornherein persönlich rückgabepflichtigen Besitzer. Denn nicht nur die Anwendung des § 986 I 1 als einer Einrede des Rechts zum Besitz wäre hier ebenso unzweckmäßig wie dort, sondern auch die Anwendung der §§ 987 ff. auf den dinglichen Anspruch des nicht persönlich rückforderungsberechtigten Eigentümers wäre hier ebenso unbillig und sinnwidrig. Ist nämlich der Verwahrer des Pfandgläubigers nach § 690 nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten einzustehen verpflichtet, so wäre diese Haftungsmilderung nicht nur dann vereitelt, wenn man dem Verwahrer gegenüber dem dinglichen Anspruch des Pfand-

gläubigers (nach § 1227 mit §§ 985 ff.) die Berufung auf seine mildere Haftung verwehren wollte, sondern auch, wenn man dem Verwahrer die Geltendmachung der besonderen, für seine Haftung maßgeblichen Vorschrift nicht auch gegenüber dem vom Eigentümer erhobenen dinglichen Anspruch gestatten würde.[1]) Ebenso könnte dem Pächter des Nießbrauchers die ihm nach § 581 II mit § 558 I für die Ersatzansprüche des Verpächters zugebilligte kurze Verjährungsfrist wenig nützen, wenn man bei der Uebertragung dieser Frist auf den dinglichen Anspruch des Nießbrauchers (nach § 1065 mit §§ 985 ff.) stehenbliebe und nicht auch eine Uebertragung auf den dinglichen Anspruch des Eigentümers annehmen wollte. Andrerseits könnte der Mieter des Erbbauberechtigten gegen den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers auch wegen solcher Verwendungen, die Ansprüche gegen den Vermieter begründen, ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 geltend machen, wenn man Bedenken trüge, die Vorschrift des § 558 II ebenso wie auf den dinglichen Anspruch des Erbbauberechtigten (nach § 1017 mit §§ 985 ff.) auch auf den dinglichen Anspruch des Eigentümers für anwendbar zu halten.

Sinnwidrig aber wäre die Anwendung der §§ 987 ff. in diesen Fällen ganz ebenso wie stets sonst, wenn der Vindikationsbeklagte sich in einem nach Dauer und Art dem Eigentümer gegenüber rechtmäßigen Besitz befindet. Auch der dem Eigentümer gegenüber mittelbar zum Besitz Berechtigte kann weder redlicher noch unredlicher Besitzer, seine dem Eigentümer gegenüber berechtigten Handlungen können nicht schuldhafte sein, und diese Unanwendbarkeit der §§ 987 ff. auf

---

1) So allerdings **Siber**, Rechtszwang 136 f., der keinen Unterschied macht, je nachdem der Rückforderungsberechtigte Besitzrechtsmittler zwischen Besitzer und Eigentümer ist oder nicht.

den mittelbar dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten (für die Dauer und im Rahmen seines Rechts zum Besitz) ist ganz unabhängig davon, ob der Besitzberechtigte dem Eigentümer persönlich rückgabepflichtig ist oder nicht [1]).

§ 17.

e) Eine vierte Gruppe von Fällen für die Anwendung des § 986 I 1 als einer Einrede des Rechts zum Besitz ergibt sich nach Siber bei der nachträglichen Vereinigung von dinglichem und persönlichem Herausgabeanspruch in einer Person (Passivlegitimation S. 244 f., 249 f., 255 f.) Denn Siber nimmt an — was zwar von der herrschenden Lehre aus richtig, von seinem Standpunkt aus aber nicht folgerecht [2]) erscheint, — daß die nachträgliche Vereinigung in einer Person keinen der Ansprüche aufhebt. Von der hier vertretenen Auffassung aus wird in diesen Fällen zu unterscheiden sein, ob durch die Vereinigung des dinglichen Anspruchs mit der Rückforderung zugleich eine Vereinigung von dinglichem Recht und Ueberlassungspflicht eingetreten, das Recht zum Besitz dadurch ein dem Eigentümer gegenüber wirksames geworden ist oder nicht. Daß dies der entscheidende Gesichtspunkt ist, kommt auch bei Siber insofern zur Geltung, als Siber dann, wenn die Vereinigung der Ansprüche zugleich eine Vereinigung von Eigentum und Besitzbelassungspflicht ist, dem Besitzer gegen die fortbestehende Vindikation die Einrede des Rechts zum Besitz gewährt. Hat also z. B. ein Besitzer vom Nichtberechtigten gemietet,

---

1) So auch Siber selbst: „eine berechtigte Einwirkung kann niemals verschuldet, und dafür, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, kann nicht der spätere Gebrauch oder Nichtgebrauch einer Einrede maßgebend sein" (Rechtszwang 135 f.).

2) So auch Oertmann, a. a. O. 57.

so unterliegt er der Vindikation, wenn der Eigentümer nur den vertraglichen Herausgabeanspruch des Nichtberechtigten erwirbt, ohne in die Pflichten des Vermieters einzutreten (z. B. im Wege der Vindikation gegen den mittelbar besitzenden Nichtberechtigten); hat dagegen der Nichtberechtigte nachträglich das Eigentum erworben, so kann der Besitzer sich der Vindikation nach Siber mit der Einrede des § 986 I 1 erwehren. Die Begründung dafür, daß hier ein dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigter und ihm von vornherein persönlich zur Rückgabe Verpflichteter doch nicht den anspruchsverneinenden Einwand der persönlichen Rückgabepflicht hat, gibt Siber, indem er sagt: (Hier) „rechtfertigt sich die Einrede dadurch, daß ein schon fälliger Anspruch diese Eigenschaft nicht ohne Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ipso iure verlieren kann; an einer Vereinbarung solchen Inhalts fehlt es namentlich, wenn die Vereinigung durch Erbfall geschieht" (S. 246). Doch es ist nicht richtig, daß der schon fällige dingliche Anspruch nicht untergehen könne ohne Vereinbarung zwischen Eigentümer und Besitzer (und auch ohne daß einer von den gesetzlichen Gründen für das Erlöschen von Forderungen vorläge); so geht der dingliche Anspruch des Eigentümers unter, wenn ein redlicher Besitzer schuldlos den Besitz aufgibt, oder wenn die Sache auf zufällige Weise aus dem Besitz des Redlichen in den Besitz des Eigentümers gelangt. In diesem letzteren Fall ist der Grund des Untergangs die Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden tatsächlichen Zustands; denn der dingliche Anspruch setzt einen dem dinglichen Recht widersprechenden Zustand zu seiner Entstehung voraus. Ganz ebenso liegt es aber nach der hier vertretenen Auffassung in den Fällen, in denen ein vom Nichtberechtigten erworbenes Recht zum Besitz durch die Ver-

einigung von dinglichem Recht und Ueberlassungspflicht nachträglich dem Eigentümer gegenüber wirksam wird; denn der Besitz des — nunmehr dem Eigentümer gegenüber — zum Besitz Berechtigten ist kein dem dinglichen Recht widersprechender Zustand, und der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers, der gegen den — bisher nicht dem Eigentümer gegenüber — zum Besitz Berechtigten bestand, geht durch die Vereinigung von dinglichem Recht und Ueberlassungspflicht (wegen der dadurch begründeten Wirksamkeit des Rechts zum Besitz gegenüber dem Eigentümer) unter. — Die Anwendbarkeit des § 986 I 1 auf diese Fälle ist nicht zu bezweifeln; dagegen dürfte eine Rechtfertigung der Einrede des § 986 I 1 für diese Fälle auch in der Begründung Sibers nicht zu finden sein.

Vielmehr erscheint das Ergebnis Sibers, daß hier ein dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz Berechtigter auf die Einrede des Rechts zum Besitz angewiesen ist, auch vom Standpunkt Sibers aus als eine unbillige Verschiedenheit der Behandlung, da dieser Besitzberechtigte ein dem Vindikanten von vornherein persönlich zur Rückgabe der Sache Verpflichteter ist. Trotzdem hält Siber die ausnahmsweise Annahme eines bestehenden und nur durch Einrede entkräfteten Vindikationsanspruches hier für unumgänglich, „mit Rücksicht auf die möglicherweise nur für einen der Ansprüche bestehende Sicherung durch Bürgen oder Pfänder" (S. 250). „Ist z. B. der ererbte Anspruch durch Bürgschaft versichert, aber verjährt, der andere unverjährt, aber unverbürgt, so würde die Verschmelzung beider zu dem offenbar falschen Ergebnis führen, daß dem Bürgen die nach § 768 zulässige Berufung auf Verjährung der Hauptschuld abgeschnitten würde." Zu diesem Ergebnis führt jedoch nur die Theorie Sibers. Denn erkennt man mit

der herrschenden Lehre an, daß es sich auch bei Identität der Subjekte grundsätzlich um zwei (jedenfalls durch den Entstehungsgrund individualisierte) Ansprüche handelt, so wird man eine Uebertragung der für den einen Anspruch geleisteten Bürgschaft auf den anderen Anspruch wegen der nachträglichen Vereinigung beider Ansprüche in einer Person keinesfalls annehmen, insbesondere dann nicht, wenn der verbürgte Anspruch bereits verjährt war. Auch die hier vertretene Auffassung führt zu einem angemessenen Ergebnis, da der Vindikationsbürge bei Vereinigung von dinglichem Recht und Ueberlassungspflicht durch den Untergang des verbürgten und bereits verjährten Anspruchs frei wird, während dem Rückforderungsbürgen nach wie vor die Einrede der Verjährung zusteht.

f) Der Schein, daß es sich bei dem unbilligen Ergebnis Sibers in dieser vierten Gruppe von Fällen[1]) nur um die wohl seltenen Ausnahmen handele, in denen ein Recht zum Besitz vom Nichtberechtigten erworben und nachträglich dem Eigentümer gegenüber wirksam geworden ist, — der durch die Beispiele Sibers entsteht[2]) —, trügt hier wie in der vorigen Gruppe von Anwendungsfällen der Einrede des § 986 I 1. Denn alle dem Eigentümer gegenüber mittelbar zum Besitz Berechtigten, deren Besitzrechtsmittler ein dinglich Berechtigter ist: der Mieter des Erbbauberechtigten, der Pächter des Nießbrauchers, der Verwahrer des Pfandgläubigers, müßten nach Siber, wenn der dinglich Berechtigte nachträglich Eigentümer würde, nunmehr dem ding-

1) Siber nennt nur noch den Fall, in dem der Erwerber eines dinglichen Rechts zum Besitz nicht nach den Vorschriften über den Erwerb vom Nichteigentümer geschützt war und erst nach § 185 II ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht erwirbt (S. 245).

2) Vgl. die vorige Anmerkung.

lichen Anspruch ihres Besitzrechtsbegründers ausgesetzt sein, obwohl sie ihnen von vornherein persönlich zur Rückgabe verpflichtet sind. Hier aber ist dieses Ergebnis völlig unhaltbar; denn die dinglichen Herausgabeansprüche, die dem Erbbauberechtigten, dem Nießbraucher und Pfandgläubiger auf Grund ihres dinglichen Rechts zum Besitz zustehen, waren — vor Erwerb des Eigentums — auch nach Siber ausgeschlossen, weil Mieter, Pächter und Verwahrer von vornherein persönlich zur Rückgabe verpflichtet sind. Nun aber — nach Erwerb des Eigentums — sollten diese Besitzberechtigten gegenüber dem dinglichen Anspruch anders (und noch dazu: schwächer) gestellt sein, obwohl sich durch diesen Eigentumserwerb weder an der Wirksamkeit ihres Besitzrechts (es ist von vornherein dem Eigentümer gegenüber wirksam) noch an der Zuständigkeit des persönlichen Anspruchs (er steht von vornherein dem dinglich geschützten Berechtigten zu) das Mindeste geändert hat.

VII. Diese ungerechtfertigten Verschiedenheiten in der Behandlung der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten, je nachdem sie dem Eigentümer von vornherein persönlich herausgabepflichtig sind oder nicht, werden beseitigt und das von Siber nur für eine sehr uneinheitliche Gruppe von Besitzberechtigten erreichte angemessene Ergebnis, daß sie der Vindikation gegenüber nicht auf eine Einrede angewiesen sind, für alle dem Eigentümer gegenüber gleicher Weise zum Besitz Berechtigten gleichmäßig erreicht, wenn man die Bestimmung des § 986 I 1 umdeutet in eine Gesetzesvorschrift, die den dinglichen Herausgabeanspruch gegen den (dem Eigentümer gegenüber) zum Besitz Berechtigten ausschließt. Dann aber kann auch vom Standpunkt Sibers aus diese Bestimmung auf alle dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten, einschließlich der ihm von vornherein

persönlich rückgabepflichtigen Besitzer, angewendet werden [1]). Eine Bedeutung kommt dann jedoch der besonderen Rückgabepflicht des Besitzberechtigten für die Frage, ob der dingliche Anspruch gegen ihn begründet ist, nicht mehr zu. Der dingliche Herausgabeanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Eigentümer gegenüber unmittelbar oder mittelbar zum Besitz berechtigt ist, mag er ihm persönlich rückgabepflichtig sein oder nicht. Denn der Besitz eines dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigten verletzt nicht das Eigentum und erzeugt keinen dinglichen Anspruch. Nicht die Konkurrenz eines persönlichen Anspruchs des Eigentümers gegen den Besitzer, sondern das Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer ist das den Ausschluß des dinglichen Anspruchs begründende Moment.

§ 18. Anhang.

1. Wenn schon gegen Sibers Lehre der Einwand erhoben worden ist, sie werde einer positiven Vorschrift des geltenden Rechts, dem § 931, nicht voll gerecht, so wird die hier vertretene Auffassung den Vorwurf, mit § 931 nicht vereinbar zu sein, um so mehr gewärtigen müssen, als hier nicht nur, wie nach Siber, der Bestand der Vindikation in solchen Fällen geleugnet wird, in denen der Eigentümer eine Rückforderung gegen den Besitzer hat, sondern stets dann, wenn der Besitzer ein Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer hat ohne Rücksicht darauf, ob dem Eigentümer ein persönlicher Herausgabeanspruch verbleibt oder nicht. Es ergibt sich demnach hier nicht nur, wie bei

1) Die verschiedentlichen Modifikationen der Begriffe Redlichkeit und Unredlichkeit, die sich für Siber aus der Anwendung der §§ 987 ff. auf einige Gruppen von Besitzberechtigten ergeben müssen (S. 252 f.), sind damit hinfällig.

Siber, eine Gruppe von Fällen, in denen der nicht unmittelbar besitzende Eigentümer keine Vindikation, aber eine Rückforderung hat, sondern sogar eine Gruppe von Fällen, in denen dem Eigentümer kein gegenwärtiger Herausgabeanspruch gegen den dritten Besitzer zusteht. Daß trotzdem die hier vertretene Auffassung mit der Gesetzesvorschrift des § 931 vereinbar ist, wird im folgenden zu zeigen sein. Dabei soll jedoch von einer Gruppe von Fällen ausgegangen werden, in der sich für die hier vertretene Auffassung keine Abweichung von der herrschenden Lehre ergibt: von den nicht mehr zum Besitz berechtigten Besitzmittlern des Eigentümers.

a) Hier hat der Eigentümer (nach der herrschenden Lehre wie nach der hier vertretenen Auffassung, nicht jedoch nach der Auffassung Sibers) zwei Ansprüche auf Herausgabe der Sache gegen den besitzenden Dritten, den persönlichen Anspruch aus dem besitzvermittelnden Rechtsverhältnis und den dinglichen Anspruch auf Grund der Verletzung des Eigentums durch die Vorenthaltung des Besitzes.

Wenn hier der Eigentümer seine Sache nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übereignen will, so kann er sich entweder beider Ansprüche oder des persönlichen Anspruchs hierzu bedienen, nicht jedoch der Vindikation allein. Denn da der mittelbar besitzende Eigentümer nicht nur von der Vorschrift des § 931 betroffen wird, sondern ebensowohl von der des § 930, so würde eine Uebereignung, bei der sich der mittelbar besitzende Eigentümer im Besitz erhält, nur durch die Begründung eines (ober-) besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber zulässig sein; jede andere Form der Uebereignung würde als Umgehung des § 930 für unwirksam gehalten werden müssen. Der Eigentümer, der Rückforderung

und Vindikation gegen den dritten Besitzer hat, muß sich demnach stets des persönlichen besitzvermittelnden Herausgabeanspruchs zur Uebereignung nach § 931 bedienen, da nur dessen Abtretung den mittelbaren Besitz auf den Erwerber überträgt. § 870.

Die Abtretung der Rückforderung ist also bei Konkurrenz von dinglichem und persönlichem Herausgabeanspruch zur Uebereignung nach § 931 unerläßlich. Neben dieser Abtretung könnte jedoch die Zession der Vindikation erforderlich sein; dies aber ist zu bestreiten. Denn neben der auf Uebereignung gerichteten Abtretung der Rückforderung hätte die Vindikationszession keinerlei selbständige Wirkung [1]. Insbesondere kann nicht die Vorschrift des § 986 II in ihrer Wirksamkeit abhängig sein von einer wirklich erfolgten Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs [2]. Denn auch wenn man hier die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs als wirklich erfolgt unterstellt, so bezieht sich doch die Vorschrift des § 986 II nicht — wie ihr Wortlaut sagt — auf „den abgetretenen Anspruch"; sondern es ist mit Kohler [3]) anzuerkennen, daß die Bedeutung des § 986 II

1) Dem Hinweis Oertmanns (JheringsJ. 61, 50) auf die Möglichkeit, daß die Rückforderung nach § 399 durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner unabtretbar geworden sein kann, ist zu entgegnen, daß die dingliche Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung mit § 137 II in Widerspruch stände, wenn man die Abtretung der Rückforderung zur Uebereignung nach § 931 für unerläßlich hält. Eine dinglich wirkende Vereinbarung über die Unabtretbarkeit der Rückforderung nach § 399 muß demnach als durch § 137 II ausgeschlossen angesehen werden. (Umgekehrt führt Siber gegen Oertmann aus [Planck II 4, S. 7], daß eine solche Vereinbarung ihren Zweck verfehlen müßte, wenn man neben dem unabtretbaren persönlichen Anspruch eine zessible Vindikation bestehen ließe.)

2) Gegen Oertmann, a. a. O. 50 f.

3) Kohler, Vertrag und Uebergabe (ArchBürgR. 18, 86 ff.).

nicht sowohl in der Wahrung der „gegen den abgetretenen Anspruch" zuständigen Einwendungen des Drittbesitzers beruht (wie sich dies aus § 404 in Verbindung mit § 413 ohnehin ergibt), als vielmehr in der Zulassung dieser Einwendungen auch gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch, den der Erwerber nach § 931 [1]) auf Grund seines so erworbenen dinglichen Rechts selbständig erhebt. Die Behauptung, daß um der Anwendung des § 986 II willen der Erwerber nach § 931 wirklich den abgetretenen dinglichen Anspruch haben müsse, ist also unhaltbar, da sich § 986 II (im Unterschied zu § 404) nicht auf den abgetretenen, sondern auf den neuen, auf eigenes Eigentum begründeten Herausgabeanspruch des Erwerbers bezieht. Ein Argument für das Erfordernis der Vindikationszession neben der Rückforderungsabtretung ergibt sich demnach aus § 986 II nicht.

Wohl aber läßt sich umgekehrt die Unabhängigkeit des im § 986 II ausgesprochenen Rechtsgedankens von jeder Abtretung des Herausgabeanspruchs erweisen. Dem mittelbar besitzenden Eigentümer stehen zur Veräußerung zwei Wege offen: er kann nicht nur den mittelbaren Besitz durch Anspruchsabtretung nach § 870 auf den Erwerber übertragen (§ 931), sondern er kann auch ein Oberbesitzmittlungsverhältnis zwischen sich und dem Erwerber begründen (§ 930) [2]). Eine Abtretung des dinglichen Anspruchs wird im Falle der Uebereignung nach § 930 von keiner Auffassung aus gefordert. Die Uebertragung des Eigentums erfolgt hier durch die Einigung und die (übergabe-ersetzende) Verschaffung des mittelbaren Besitzes höchster Stufe. Trotzdem gilt der im § 986 II ausgesprochene Rechtssatz auch hier: die dem Unterbesitzmittler zustehenden Einwendungen

1) Die Zusammenfassung „Erwerber nach § 931" ist im folgenden der Kürze halber mehrmals gebraucht.

2) Dagegen allein **Kohler**, a. a. O. 66 ff.

gegen die Vindikation des Veräußerers bleiben ihm gegen die Vindikation des Erwerbers erhalten, obwohl sich diese Vindikation gar nicht als „abgetretener Anspruch" darstellt [1]).

Auch aus der nach Gierke [2]) allgemein anerkannten Anwendbarkeit des § 986 II auf die durch Anspruchsabtretung begründeten Rechte an fremder Sache läßt sich beweisen, daß es sich hier in Wahrheit nicht um den „abgetretenen Anspruch" handelt. Denn hat ein mittelbar besitzender Eigentümer mit Hilfe der Uebertragung seines mittelbaren Besitzes Nießbrauch oder Pfandrecht an der Sache bestellt (§ 1032, § 1205 II in Verbindung mit § 931), so bleiben dem besitzenden Dritten seine Einwendungen gegen den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 986 II auch dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger gegenüber gewahrt, wenn diese Berechtigten auf Grund ihres beschränkten dinglichen Rechts (nach § 1036 oder § 1227) den dinglichen Herausgabeanspruch gegen den Unterbesitzmittler erheben. Selbst wenn man also bei Begründung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts nach dem entsprechend anzuwendenden § 931 hier auch eine Vindikationszession als wirklich erfolgt unterstellt, so ist doch für die Wirksamkeit des § 986 II diese Vindikationszession ohne Bedeutung. Vielmehr ist die Zulassung der Einwendungen des Drittbesitzers gegenüber dem neuen, auf eigenem Recht beruhenden dinglichen Anspruch des Erwerbers nach § 931, § 1032, § 1205 II und — im Falle des mittelbar besitzenden Eigentümers — § 930 das, was dem § 986 II seinen besonderen Sinn (gegenüber § 404) verleiht.

b) Die Abtretung des persönlichen Herausgabeanspruchs ist demnach zur Uebereignung nach § 931 nicht nur er-

---

1) Vgl. M. Wolff § 84 Anm. 18 und die daselbst angeführte Literatur und Rechtsprechung.

2) Fahrnisbesitz 44 f.

forderlich, sondern auch ausreichend, selbst wenn die Vindikation mit der Rückforderung konkurriert [1]). Die Möglichkeit, eine im Besitz eines Dritten befindliche Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zu übereignen, ist daher mit der Leugnung des Bestehens einer Vindikation jedenfalls dann verträglich, wenn dem Eigentümer eine Rückforderung gegen den dritten Besitzer zusteht. Gegen Sibers Lehre ergibt sich demnach aus § 931 überhaupt kein Argument [2]), und nach der hier vertretenen Auffassung gestaltet sich die Rechtslage in der Gruppe von Fällen, in denen der Drittbesitzer berechtigter Besitzmittler des Eigentümers ist, nicht anders, als in den Fällen, in denen der Besitzmittler des Eigentümers nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Auch hier übereignet der mittelbar besitzende Eigentümer (wenn nicht nach § 930) durch die Abtretung des persönlichen, besitzvermittelnden Herausgabeanspruchs, und es treten alle Wirkungen, die eine Vindikationszession hätte hervorrufen können, dadurch ein. Die Anwendung des § 986 II, die nach der herrschenden Lehre dem Drittbesitzer dem Herausgabeanspruch des neuen Eigentümers gegenüber die Einrede des Rechts zum Besitz er-

1) Bei der vielfach vertretenen Auffassuug (RG. 52, 364; Biermann zu § 931 unter 1 c [S. 205]; Brodmann zu § 931 unter 3 a [S. 373] und zweifelnd Oertmann, a. a. O. 50), der Eigentümer müsse jedenfalls den dinglichen Herausgabeanspruch abtreten, ist der Gedanke entscheidend, daß der nach § 931 veräußernde Eigentümer keinen Herausgabeanspruch auf die Sache behalten dürfe. Läßt man jedoch die Abtretung des nichtdinglichen Herausgabeanspruchs zur Uebereignung ausreichend sein, so behält der Eigentümer nicht etwa den dinglichen Herausgabeanspruch, sondern er verliert ihn durch den — bereits ohne dessen Abtretung bewirkten — Uebergang des dinglichen Rechts auf den Erwerber des persönlichen Anspruchs.

2) Siber, Passivlegitimation 246 ff.; Planck II⁴ S. 7.

hält, führt nach der hier vertretenen Auffassung des § 986 I 1 dahin, das Entstehen der Vindikation in der Person des Erwerbers für die Dauer des Besitzrechts des dritten Besitzers zu verneinen. Die anspruchsverneinende Einwendung des Rechts zum Besitz gegenüber der Vindikation des Veräußerers wird auf die neue Vindikation des Erwerbers nach § 931 übertragen, so wie nach § 404 dem dritten Besitzer der Einwand der Nichtfälligkeit der Rückforderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber zusteht.

Von der Auffassung aus, daß jedes dem Eigentümer gegenüber wirksame Recht zum Besitz das Eigentum entsprechend in seinem Bestande mindere, erweist sich die Zulässigkeit der Einwendung des § 986 I 1 gegen den Herausgabeanspruch des Erwerbers nach § 931 als eine Anwendung der Regel, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als er hat, oder als er zu übertragen kraft Gesetzes die rechtliche Macht hat. Der Eigentümer einer beweglichen Sache hat nach § 986 II nicht das Recht oder die Macht, über das zeitweilig aus dem Eigentum ausgeschiedene, dem dritten Besitzer zustehende Recht zum Besitz der Sache zu verfügen; er überträgt sein Eigentum stets nur in dem um das Recht zum Besitz gegenwärtig geminderten Bestande. Dies gilt gleicherweise für dingliche Rechte nach § 936 III wie nach § 986 II auch für nichtdingliche Rechte, und es gilt nicht nur bei der Veräußerung durch Anspruchsabtretung, sondern einerseits auch bei der Belastung durch Anspruchsabtretung, andererseits auch bei der Veräußerung durch Besitzauftragung nach dem entsprechend anzuwendenden § 986 II.

§ 19.

Die Uebereignung einer im mittelbaren Besitz des Eigentümers befindlichen Sache vollzieht sich daher stets nach

§ 931 auch ohne Vindikationszession, indem der persönliche, besitzvermittelnde Herausgabeanspruch des Eigentümers auf den Erwerber übertragen wird und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Da die Abtretung dieses Anspruchs nach § 870 den mittelbaren Besitz überträgt, enthält diese Uebereignungsform insofern einen Uebergabeersatz, als statt des nach § 929 erforderlichen Uebergangs des unmittelbaren Besitzes in diesen Fällen der Uebergang des mittelbaren Besitzes bewirkt wird.

Als Uebergabeersatz bezeichnet das Gesetz jedoch die Abtretung des Herausgabeanspruchs auch dann, wenn kein mittelbarer Besitz des Eigentümers an der Sache besteht. Auch ohne die Uebertragung einer Rückforderung ist die Uebereignung nach § 931 möglich. Wenn in diesen Fällen also überhaupt eine übergabeersetzende Anspruchsabtretung vorliegt, so kann dies hier nur die Vindikationszession sein. Das Leugnen des Bestehens einer Vindikation wäre dann allerdings mit § 931 nicht zu vereinen. Die Uebereignung durch „Vindikationszession“ ist daher des näheren zu untersuchen.

c) Die „Abtretung des Herausgabeanspruchs“ kann in den Fällen, in denen dem Eigentümer keine besitzvermittelnde Rückforderung, doch (auch nach der hier vertretenen Auffassung) eine Vindikation zusteht (bei Besitz eines dem Eigentümer gegenüber nicht berechtigten, ihm nicht besitzvermittelnden Besitzers, z. B. Diebs), nicht „Uebergabeersatz“ in dem Sinne sein, daß hier an die Stelle der nach § 929 erforderlichen Uebergabe ein anderer besitzrechtlicher Tatbestand träte. Sondern will der Eigentümer, der gar nicht im Besitz der Sache ist, Eigentum an seiner Sache übertragen, so ist unter bestimmten Voraussetzungen jeder besitzrechtliche Tatbestand nach § 931 überhaupt entbehrlich. An die Stelle der Ueber-

gabe oder der Uebertragung des mittelbaren Besitzes tritt hier die Uebertragung des Rechts, in den Besitz der Sache zu gelangen [1]). Dieses Besitzgewinnungsrecht ist zwar nicht stark genug, um im Gesetz als noch so vergeistigte Form des Besitzes behandelt zu werden. Wohl aber hält das Gesetz dieses dem nichtbesitzenden Eigentümer in Form der Vindikation zustehende Recht für stark genug, um an dessen Uebertragung durch den Eigentümer zum Zwecke der Uebereignung dieselben Wirkungen zu knüpfen, wie nach § 929 an die Uebertragung des unmittelbaren Sachbesitzes. Wird dieser „Uebergabeersatz" vom Gesetz jedoch als Abtretung des Herausgabeanspruchs bezeichnet, so täuscht das über die Möglichkeit, auch ohne Abtretung des Herausgabeanspruchs dem Erwerber diese Macht über die Sache zu verschaffen, wenn der Eigentümer das Eigentum an der Sache durch schlichten dinglichen Vertrag übertragen [2]) und dem Erwerber den Aufenthalt der Sache angeben könnte. Denn das Entstehen einer Vindikation in der Person des Erwerbers nach § 931 beruht auf dem in seiner Person begründeten Eigentum; und es wäre eine Verkehrung der rechtlichen Vorgänge, das Entstehen des Eigentums von dem Uebergang der Vindikation abhängig zu machen. Zudem wird man zur Wirksamkeit einer Uebereignung nach § 931 nicht fordern dürfen, daß die Parteien außer der Einigung über den Uebergang des Eigentums einen auf die Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs gerichteten Vertrag geschlossen haben [3]); sondern man wird es genügen lassen müssen, wenn zu der Einigung nach § 929 einerseits die Einigung darüber, daß

---

1) Diese Auffassung beruht auf einer mündlichen Mitteilung von Herrn Prof. M. Wolff.

2) Vgl. hierüber Kohler, Vertrag und Uebergabe 86 ff.

3) v. Tuhr I 1 § 15 Anm. 105 (S. 266).

das Eigentum „ohne weiteres“ übergehen solle [1]), anderseits eine Angabe darüber, bei wem oder wo sich die Sache befindet, hinzugefügt wird [2]).

Auch die Möglichkeit, eine Eigentumsübertragung an besitzloser Sache anzuerkennen, würde sich bei dem Festhalten an dem Erfordernis wirklich erfolgter Vindikationszession verschließen, sofern man die Abtretbarkeit künftiger Ansprüche leugnet; selbst bei Zulassung der Zession einer noch nicht entstandenen Vindikation aber würde die Wirkung der Uebereignung einer besitzlosen Sache erst mit dem Entstehen eines Besitzes angenommen werden dürfen, wenn man ernstlich an dem Erfordernis einer wirklich erfolgten Vindikationszession festhält. Die sofort wirksame Uebereignung einer besitzfreien Sache dürfte jedoch dann, wenn der Aufenthalt der Sache bestimmbar und dem Eigentümer bekannt ist, unbedenklich anzuerkennen sein [3]).

d) Ist demnach die Uebereignungsform des § 931 unabhängig vom Bestand einer Vindikation, so läßt sich die Möglichkeit einer Uebereignung nach § 931 mit der Verneinung des dinglichen Herausgabeanspruchs gegen den Besitzberechtigten auch dann vereinen, wenn dem Eigentümer keine Rückforderung gegen den dritten Besitzer zusteht (bei Besitz eines dem Eigentümer gegenüber berechtigten, ihm nicht besitzvermittelnden Besitzers). Auch hier kann der Eigentümer seine Sache nach § 931 übereignen, ohne daß der Mangel der Vindikation diese Uebereignung im mindesten beeinträchtigen könnte. Denn die aus der Bezeichnung „Abtretung der Herausgabeanspruchs“ für diese Uebereig-

---

1) Vgl. hierzu Pappenheim, Ueber § 474 HGB., Handbuch des Seerechts 1, 114 ff.

2) Vgl. die Anmerkung 1 auf S. 107.

3) Vgl. die Anmerkung 1 auf S. 107.

nungsform vom Gesetz gezogene bedeutsame rechtliche Folge, daß dem dritten Besitzer nach § 986 II die Einwendungen, die er gegen den dinglichen Herausgabeanspruch des Veräußerers hatte, auch gegen den des Erwerbers nach § 931 erhalten bleiben, kommt hier nicht anders als bei Bestehen einer Vindikation des Veräußerers erst dadurch zur wirksamen Geltung, daß sie nicht auf den „abgetretenen Anspruch", sondern auf den aus eigenem dinglichen Recht des Erwerbers fließenden Herausgabeanspruch bezogen wird. Ist also der Dritt-Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz der Sache berechtigt, so ist bei der durch „Vindikationszession" erfolgten Uebereignung auch in der Person des Erwerbers keine Vindikation entstanden, da ein um das Recht zum unmittelbaren Besitz gegenwärtig gemindertes Eigentum übertragen worden ist.

Daß die nach § 931 erforderliche Vindikationszession nicht wörtlich genommen werden darf, ergibt sich des weiteren aus der nach § 1032 zulässigen Bestellung eines Nießbrauchs an einer beweglichen Sache in der Form des entsprechend anzuwendenden § 931. Hier erwirbt weder der Nießbraucher den „abgetretenen Anspruch"; denn er kann nach Erwerb des Nießbrauchs wohl den eigenen dinglichen Anspruch aus § 1065, nicht aber die Vindikation des Bestellers geltend machen; noch verliert der Eigentümer den „abgetretenen Anspruch"; denn er kann nach wie vor den dinglichen Anspruch aus § 985 erheben. Die Anwendung des § 986 II auf den vom Nießbraucher gegen den Dritt-Besitzer erhobenen Herausgabeanspruch aus § 1065 bereitet demgemäß auch dann keine Schwierigkeit, wenn die Bestellung des Nießbrauchs nach § 931 schon darum ohne Vindikationszession erfolgt sein muß, weil der im Besitz befindliche Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Dann ist

die anspruchsverneinende Einwendung des Rechts zum Besitze aus § 986 I 1, die der Vindikation gegenüber besteht, auch dem dinglichen Herausgabeanspruch des Nießbrauchers gegenüber begründet, da hier der Nießbraucher ein um das Recht zum unmittelbaren Besitz gegenwärtig gemindertes Recht an der Sache erworben hat.

§ 20.

2) Ist also die Auffassung des § 986 I 1 als einer den dinglichen Anspruch gegen den (dem Eigentümer gegenüber) Besitzberechtigten ausschließenden Gesetzesbestimmung mit der Vorschrift des § 931 vereinbar, so ist sie mit der nach § 934 gegebenen Möglichkeit, vom Nichteigentümer Eigentum durch Anspruchsabtretung zu erwerben, um so besser verträglich, als § 934 einen Eigentumserwerb kraft guten Glaubens auf Grund der Abtretung des Herausgabeanspruchs nur zuläßt, wenn der Veräußerer im mittelbaren Besitz der Sache ist. Hier muß — da selbst der mittelbar besitzende Eigentümer, der die Vindikation hat, nur durch Abtretung des persönlichen Herausgabeanspruchs übereignen kann — der Veräußerer seinen besitzvermittelnden Anspruch auf den Erwerber übertragen; auf Grund dieses Vorgangs, der dem Erwerber den mittelbaren Besitz der Sache verschafft, geht das Eigentum auf den Erwerber über, der im guten Glauben an das Eigentum des durch den mittelbaren Besitz der Sache berechtigt scheinenden Veräußerers sein durfte und zur Zeit dieses Besitzerwerbs war. Besteht jedoch kein mittelbarer Besitz des Veräußerers an der Sache, so daß der Nichteigentümer auf die Zession der Vindikation angewiesen wäre, so ist der Vorgang einer scheinbaren Abtretung des Herausgabeanspruchs an einen Gutgläubigen nach § 934 nicht mit der Wirkung des Eigentumserwerbs ausgestattet, da der

gute Glaube des Erwerbers sich in diesen Fällen nicht durch den Rechtsschein des Besitzes rechtfertigen ließe. Erst wenn der gutgläubige Erwerber auf Grund der Anspruchsabtretung den Besitz der Sache erlangt [1]), geht das Eigentum auf Grund dieses Besitzerwerbs über, sofern der Erwerber sich zur Zeit des Besitzerwerbs im guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers befindet. Ist auch die vorangegangene Anspruchsabtretung nicht ganz ohne Bedeutung, so hat sie doch den Charakter des die Uebergabe ersetzenden Tatbestandes hier völlig verloren. Während in den Fällen des § 931 und des § 934, in denen die Abtretung des Herausgabeanspruchs den mittelbaren Besitz überträgt, noch ein Uebergabeersatz im Sinne eines besitzrechtlichen Tatbestands vorliegt, ist in den Fällen des § 931, in denen die Anspruchsabtretung keinen Besitz übertragen kann, doch ein zu der nach § 929 erforderlichen Einigung hinzutretender Vertrags-Tatbestand erforderlich, an den das Gesetz den Verzicht auf den besitzrechtlichen Tatbestand knüpft; hier aber — in den Fällen des § 934, in denen der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz hat — ist weder ein weiterer zu der Einigung nach § 929 hinzutretender Vertragstatbestand erforderlich, noch hat das Gesetz auf den besitzrechtlichen Tatbestand hier verzichtet. Bewahrheitet sich der Ausdruck des Gesetzes: „Abtretung des Herausgabeanspruchs“ in all den Fällen nicht, in denen kein persönlicher Herausgabeanspruch übertragen wird, so ist in dieser Gruppe von Fällen des § 934 nicht nur keine Vindikationszession, sondern auch kein Uebergabeersatz durch Anspruchsabtretung mehr gegeben. Der die Uebergabe ersetzende Tatbestand ist hier vielmehr der Besitzerwerb auf Grund der „Anspruchsabtretung“; die „Ab-

---

1) Vgl. M. Wolff § 69 II 2 d (S. 203).

tretung des Herausgabeanspruchs" hier jedoch nichts anderes mehr als die nach § 929 erforderliche Einigung über den Uebergang des Eigentums.

Auch die Anwendung des § 986 II auf den Eigentumserwerb nach § 934 bereitet der hier vertretenen Auffassung des § 986 I 1 keine Schwierigkeit. Ist der im Besitz befindliche Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitz der Sache berechtigt, so entsteht in der Person des Erwerbers keine Vindikation für die Dauer des fremden Besitzrechts. Diese Rechtsfolge stellt sich hier als eine Anwendung der Regel dar, daß es der Besitz beweglicher Sachen ist, der dem Nichtberechtigten die Verfügungsmacht zugunsten von Gutgläubigen verleiht. Der die Verfügungsmacht verleihende Besitz des Veräußerers ist hier der mittelbare Besitz, und der auf dem Rechtsschein des mittelbaren Besitzes beruhende gute Glaube des Erwerbers bewirkt nur das Entstehen eines um das Recht zum unmittelbaren Besitz gegenwärtig geminderten Eigentums. Daher sind nicht nur dinglich Berechtigte nach § 936 III, sondern nach § 986 II auch nicht dinglich zum Besitz der Sache Berechtigte gegen den Verlust ihres Besitzrechts durch die wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten geschützt, wenn diese Rechte im Besitz der Sache verwirklicht sind. Andererseits reicht der Eigentumserwerb kraft guten Glaubens auf Grund der Uebertragung des mittelbaren Besitzes auch dann nicht weiter als der Schein, auf dem er beruht, wenn das Besitzrecht des Dritten gar nicht dem Eigentümer gegenüber wirksam ist. Dem dritten Besitzer sind nicht nur die Einwendungen, die ihm gegen den Eigentümer zustehen, sondern auch die Einwendungen, die ihm gegen den Veräußerer zustehen, nach § 986 II zu erhalten; denn es besteht kein Grund, dem gutgläubigen Erwerber einen weiter gehenden Schutz zu gewähren, als er

ihn durch den Erwerb des dem Rechtsschein (mittelbarer Besitz) entsprechenden (um das Recht zum unmittelbaren Besitz gegenwärtig geminderten) Eigentums erfährt[1]). Ebenso wird bei Erwerb eines beschränkten Rechts an der Sache nach dem (gemäß § 1032 und § 1207) entsprechend anzuwendenden § 934 zu entscheiden sein.

1) Anders einerseits Gierke, Fahrnisbesitz 43 f., andererseits Crome, Juristische Natur der Miete 69 f.; über beide und im Ergebnis wie hier M. Wolff, Das Recht zum Besitz 156/7.

Bemerkung: Die vorliegende Arbeit kam bereits Ostern 1916 zum Abschluß.

Die Verfasserin.

Lebenslauf.

Ich bin als Tochter des Kaufmanns Hermann Scherk und seiner Frau Rosalie geb. Fließ am 7. Januar 1891 zu Berlin geboren. Ich besuchte vom 6. bis 15. Lebensjahre verschiedene höhere Mädchenschulen und bereitete mich sodann 4 Jahre lang durch Privatunterricht unter Leitung von Herrn Dr. S. Auerbach in Berlin-Charlottenburg auf die Reifeprüfung vor, die ich Ostern 1910 vor dem Hohenzollern-Gymnasium in Berlin-Schöneberg bestand. Vom Winter-Semester 1910 bis zum Sommer-Semester 1914 studierte ich ununterbrochen Rechtswissenschaft an der Universität Berlin. Mit Kriegsausbruch trat ich in den Dienst des Roten Kreuzes und war vom 10. August 1914 bis 1. April 1915 als Helferin im Städt. Krankenhause Friedrichshain in Berlin tätig. Mit dem Sommer-Semester 1915 nahm ich mein Studium wieder auf und beendete es nach 3 Semestern an der Universität Marburg, wo ich am 7. Juli 1916 das Doktorexamen bestand. Die vorliegende Arbeit kam bereits Ostern 1916 zum Abschluß.

Allen meinen Lehrern, insbesondere den Herren Professoren Anschütz, Hellwig †, Kipp und Seckel in Berlin, Leonhard, Schücking, Traeger und M. Wolff in Marburg bin ich für Unterricht und Förderung aufrichtig dankbar. Zu ganz besonderem Dank darüber hinaus fühle ich mich Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Th. Kipp in Berlin für seine gütigste Hilfe mit Rat und Tat, sowie Herrn Prof. Dr. M. Wolff in Marburg für die geduldigste Unterstützung — vor allem bei Abfassung dieser Arbeit — dauernd und von Herzen verpflichtet.

Frankfurt a. M.-Eschersheim, Juni 1917.

Margarethe Scherk.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.